

## El Estado Federal Unitario\*

### KONRAD HESSE

Professor da Universidade de Freiburg i. Br., Alemanha, Juiz Ex-Presidente da Corte Constitucional Alemã.

**Traducido del alemán por Miguel Azpitarte.**

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza en la primera parte los déficit teóricos en la doctrina alemana del 1962 relativos a la conformación del Estado Federal. Se fija en la ausencia de teorías generales y discute las dos elaboraciones más completas, la teoría de los tres elementos y el principio de confianza federal. En la segunda parte repasa las tendencias unitarias del Estado federal, a través de la coordinación voluntaria entre los Länder y la intervención de éstos por medio del Bundesrat. En la tercera parte, el autor intenta conceptualizar su idea del Estado federal unitario y reflejar las consecuencias para el conjunto.

**PALABRAS CLAVES:** Estado federal, Estado federal unitario.

**ABSTRACT:** The present work analyzes in its first part the theoretical deficits in the German doctrine of the 1962 regarding the conformation of the Federal State. It pays attention to the absence of general theories regarding this subject and discusses the two more complete elaborations, the theory of the three elements and the federal confidence principle. In the second part it reviews the unitary tendencies of the federal state, through the voluntary coordination between the Länder, and their intervention by means of the Bundesrat. In the third part, the author tries to develop his idea of the unitary federal State and to reflect the consequences for the whole system.

**KEYWORDS:** Federal State, Unitary Federal State.

**SUMARIO:** 1 Sobre la teoría actual del Estado federal; 2 Cambios en la estructura del Estado federal; 3 Función y esencia del Estado federal en relación con el conjunto del ordenamiento constitucional.

### 1 SOBRE LA TEORÍA ACTUAL DEL ESTADO FEDERAL

La reflexión fundamental sobre el sentido y la esencia de la actual federalización es ocasión para especular teóricamente, incluso si de esta especulación no depende la realidad de la vida del Estado. Pero también es ocasión para hacer presente el sentido actual de la decisión a favor de un Estado

---

\* El presente trabajo ha sido extraído de K. HESSE, *Ausgewählte Schriften*, editado por P. Häberle y A. Hollerbach, C.F. Müller, Heidelberg, 1984. La fecha de su primera publicación fue 1962.

Federal, pues de lo contrario el ordenamiento federal de la Ley Fundamental carecerá de una legitimidad sólida y sin ella no ganará fuerza normativa alguna. La falta de una perspectiva sobre la problemática de la formación del federalismo crea el riesgo de obstinarse en imaginaciones ilusorias, con todas las consecuencias que siempre ha tenido el ilusionismo en las preguntas capitales de la vida del Estado. Sólo con el trasfondo de una adecuada teoría del Estado federal y su incardinación plena en una teoría general del Derecho constitucional finalmente será posible alcanzar una comprensión libre de ataduras del instituto “ordenamiento federal” y una interpretación adecuada de los principios constitucionales que lo configuran. En la actualidad se presenta con toda urgencia la tarea de clarificar los principios del Estado federal contemporáneo.

### 1.1 LA NUEVA BIBLIOGRAFÍA

Quién busque en la bibliografía contemporánea respuestas a la pregunta sobre la esencia, tarea y significado del principio federal en el orden constitucional de la Ley Fundamental, se verá pronto defraudado: chocará con un montón de agudas y cuidadosas discusiones sobre cuestiones concretas del Estado federal. Pero en ningún lado hallará una teoría del Estado federal. Si se encuentra algo, se agota generalmente en frases de contenido general, como aquellas que afirman que la República Federal “es un Estado federal con un sentido específico dentro de la teoría general del Estado”<sup>1</sup> – hecho que, en atención a la ausencia contemporánea de una teoría general del Estado, es necesariamente una referencia en el vacío-. Surgen recepciones acríicas de conceptos e ideas tradicionales<sup>2</sup>, que no pueden reclamar sin más su valor, pues tal valor depende de la situación histórica, y ésta se ha transformado de modo esencial. Aparecen nuevos intentos de construir conceptos formales, que pese a la importancia de la clarificación conceptual, no dan el sentido y la justificación del Estado federal, y además reactivan el formalismo de la teoría del Estado del Imperio, cuyos esfuerzos por elaborar una construcción jurídica del concepto Estado federal pudieron tener justificación sólo en aquel entonces<sup>3</sup>. Se hallan – a menudo superficialmente, otras veces yendo a la esencia – aspectos parciales de

---

1 Cfr. MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, art. 20, p. 588. El comentario de MAUNZ-DÜRIG se conforma con el intento de describir en términos generales la construcción organizativa del Estado federal (comentario al art. 20, epígrafe 5), para afirmar luego: “En conexión con el sistema del Estado federal se encuentra el principio federal. Bajo este principio se señala... un mandato al legislador, el Gobierno, la Administración y el Poder Judicial para respetar la autonomía del Land y sus peculiaridades desde el punto de vista territorial, cultural, económico o de cualquier otro tipo; al menos en determinado sentido ha de preverse la formulación autónoma de la voluntad política de los miembros (epígrafe 20 del artículo 20). En el mismo sentido, TH. MAUNZ, *Deutsches Staatsrecht*, 10 ed., 1961, p. 61, 158 y ss., partidario firme del pensamiento federalista, pero que no ha desarrollado ninguna teoría del Estado federal.

2 Cfr. MANGOLDT-KLEIN, op. cit., p. 588.

3 Y esto también es válido para el más amplio y cuidadoso estudio del objeto de referencia, M. USTERIS, *Theorie des Bundesstaates*, 1954, que trata el verdadero problema insinuándolo de manera tangencial bajo la cuestión de “el significado social y técnico del Estado federal”. El nuevo intento en este sentido es el de R. HERZOG, “Bundes – und Landesstaatsgewalt im demokratischen Bundesstaat, *DÖV*, 1962, p. 81 y ss.

naturaleza histórica, sociológica o política<sup>4</sup>. Finalmente, también se encuentran expresiones de duda o crítica en torno al principio Estado federal.

Una teoría del Estado federal debe hacer comprensible el conjunto<sup>5</sup>. Por eso, en el círculo de todas las voces, sólo tienen un significado fundamental aquellas que emprenden una fundamentación y un desarrollo unitario del ordenamiento del Estado federal. Éstas se limitan hoy a los intentos ligados a la teoría social y estatal del federalismo, y a los principios de subsidiariedad y solidaridad a ella íntimamente ligados. Al margen de las diferentes determinaciones del concepto “federalismo” – que según W. Jerusalem conduce a una oposición entre la construcción federal del Estado y el Estado federal<sup>6</sup> –, la extensión y generalidad de estas doctrinas no fundan una teoría específica del Estado federal. En esa concepción de la doctrina social católica, el pensamiento federal, invocado en casi todos los sitios, puede realizarse en otras formas; ni exige ni reclama al Estado federal<sup>7</sup>. Más allá, sin embargo, queda la pregunta sobre en qué medida debe la doctrina social sustituir de este modo a la Constitución. En el ordenamiento del Estado federal suizo se ha subrayado con fuerza que sólo existe la «posibilidad», que no la existencia, de una legitimación de los cantones suizos a través del principio de subsidiariedad y del derecho natural<sup>8</sup>.

## 1.2 ¿REGRESO A LA ANTIGUA DOCTRINA DEL ESTADO FEDERAL?

En la medida que la nueva bibliografía nos debe una respuesta sobre la cuestión de la esencia contemporánea del Estado federal, podría apelarse a la conexión con la teoría tradicional alemana del Estado federal, cuyo precipitado halló su lugar en la amplia y poco corriente bibliografía del Imperio y de la República de Weimar. Sin embargo, una conexión de este tipo es inadmisibles<sup>9</sup>.

En primer lugar, no es posible un regreso a la doctrina del Estado federal formada por Paul Laband, dominante durante mucho tiempo. Su “método jurídico estricto”<sup>10</sup> no puede hoy reclamar validez alguna, pues prescinde de todo lo material<sup>11</sup>. En correspondencia, se limita a la cuestión de la construcción

4 En esto es significativo el trabajo de F. MEYERS, “Die föderalistische Struktur der Bundesrepublik Deutschland”, en *Föderalistische Ordnung*, ed. A. Süsterbenn, o.J., 1962, p. 43 y ss.

5 R. SMEND, “Verfassung und Verfassungsrecht”, en *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1955 (publicado por primera vez en 1928), p. 244.

6 Die Staatsidee des Föderalismus, 1949.

7 Como por ejemplo, W. LAFORET, *Föderalismus und Gesellschaftsordnung*, 1947, p. 92 y ss. H. STADLER, *Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus*, 1951, en especial p. 65 y ss, 148; A. SÜSTERHENN, “Föderalismus und Freiheit”, en *Föderalistische Ordnung*, p. 39; A. KÖTTGEN, “Innerstaatliche Gliederung und moderne Gesellschaftsordnung”, en *Göttinger Festschrift für das OLG Celle*, 1961, p. 80

8 STADLER, op. cit., p. 167.

9 La siguiente crítica se limita a las posiciones más importantes y relevantes.

10 Sobre esto, P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. ed., 1914.

11 Lo que naturalmente no evita, que – en contra incluso de su propia exigencia – sea expresión de una determinada situación histórica y por tanto penetrada por condicionamientos y perfiles políticos determinados.

conceptual del Estado federal. Su existencia política y su justificación no plantean problemas. Lo problemático es la elaboración jurídica del resultado político alcanzado hasta 1871, en la que la teoría alemana del Estado no tomó parte, llegando rezagada a la unidad nacional construida por Bismarck. Esta construcción, en la que el poder público es la única categoría del Estado y en la que el Derecho se agota en sus elementos lógicos, continúa siendo puramente formal<sup>12</sup>; deja las preguntas fundamentales sin respuesta.

Tampoco es posible la adopción no contrastada de las doctrinas del Estado federal, que en el tiempo de la República de Weimar intentaron superar las viejas teorías; me refiero especialmente a los esfuerzos de Carl Schmitt y Rudolf Smend. Ciertamente la aceptación de estas doctrinas queda cerca, pues el Estado federal se siente como un interrogante y por tanto se reconoce claramente que la tarea no consiste en un construcción formal del Estado federal, sino en aclarar su esencia material<sup>13</sup> – C. Schmitt ha mostrado que la cuestión de la soberanía está abierta<sup>14</sup> y R. Smend que el Estado federal sirve a la integración estatal<sup>15</sup>. Pero ambas doctrinas – las dos son todavía relevantes – están orientadas a un modelo histórico, que no se corresponde ni con el Estado federal de Weimar, ni con el actual, de manera que la consecuencia inevitable es una incongruencia entre la esencia y la realidad del Estado federal.

En la “teoría constitucional de la Federación”<sup>16</sup> de Carl Schmitt, el modelo es la Federación alemana de 1815. Los conceptos elaborados en esa teoría apenas pudieron tener ya algún sentido para el carácter federal del Estado en la época de Weimar, de modo que el núcleo residía en otros elementos distintos a la sustancia federal: en la decisión positiva de la Constitución, que sirve a la descentralización y al complemento jurídico del principio político de la forma Democracia<sup>17</sup>.

R. Smend, al determinar la forma de la “esencia del Estado federal”<sup>18</sup>, toma el modelo del Imperio federal en 1871. Aquí encuentra el sentido integrador del principio del Estado federal desarrollado con plenitud, pero, en la misma medida que los fundamentos de la Constitución imperial han sido sustituidos por otros en la Constitución de Weimar, su verdadero sentido se ha perdido y el sistema de la integración del Estado federal “sólo se ha conservado en

---

12 Una crítica de aquel tiempo sobre las “muchas expectativas y el poco éxito de la discusión”, en H. TRIEPEL, “Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern”, en *Festgabe für Wilhelm Kahl*, 1923, p. 51. R. THOMA, “Das Reich als Bundesstaat”, *HdBdStR* I, 1930, p. 171 y ss.; R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 2333, cfr. también G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, 2ª ed., 1959, p. 13 y ss.

13 R. SMEND ha formulado que la función de la teoría del Estado federal consiste en aclarar cómo puede el “Estado federal ser un sistema político pleno de sentido no una concreta situación”, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 225.

14 *Verfassungslehre*, 1928, nueva edición de 1954, p. 372, y 378 y ss.

15 *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 225, 270.

16 *Verfassungslehre*, p. 361 y ss.

17 *Verfassungslehre*, p. 389.

18 *Staatliche Abhandlungen*, p. 223 y ss.

sus restos<sup>19</sup>; el peso del ordenamiento del Estado federal se ha desplazado al carácter formal de Estado de los Länder y al momento formal de su participación en el poder del Imperio<sup>20</sup>.

Esta incongruencia entre el verdadero principio de la Federación, esto es, el Estado federal y sus formas contemporáneas, hace imposible una transposición actual de la doctrina de C. Schmitt o R. Smend. Y es que el principio del Estado federal, que no puede separarse de su realidad, es algo histórico. Una doctrina del Estado federal que da cuenta de la historicidad del principio Estado federal, que se desarrolla a partir de su situación histórica, pero que deja fuera su cambio histórico, termina necesariamente en la presentación antinómica del principio y la realidad del Estado federal. Y así no se puede hacerse comprensible la actual naturaleza federal del Estado.

### 1.3 LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL: LA DOCTRINA DE LOS TRES ELEMENTOS Y EL PRINCIPIO DE CONFIANZA FEDERAL

Estamos conformes en que nos falta una teoría del Estado federal. Pero quizá la práctica ha llenado esta laguna, atendiendo, aunque sea de modo irreflexivo a las necesidades de la experiencia contemporánea en el Estado federal, y desarrollando ideas capaces de sustituir el fundamento teórico. El intento de abrir un camino que conduzca a un resultado, obliga a observar dos tendencias que han encontrado expresión clara en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

La primera está en conexión con la idea de “los tres elementos del Estado federal” desarrollada por Hans Kelsen<sup>21</sup> y Hans Nawiasky<sup>22</sup>. Para Kelsen, e igualmente para Nawiasky, de la identificación entre el Estado y el Ordenamiento resulta la articulación en Estado total, Estado superior y Estados miembros, que se manifiestan en la Constitución del conjunto a través de su delegación en los ordenamientos parciales de los Estados miembros y el ordenamiento parcial del Estado superior. En virtud de los esfuerzos realizados para reforzar a los Länder hasta situarlos en un plano igual a la Federación, esta teoría ha recibido claramente una amplia aceptación. El Tribunal Constitucional Federal la ha hecho suya de manera inequívoca, incluso si ha sido con breves referencias en la decisión Konkordat<sup>23</sup>. Uno de sus defensores es Th. Maunz<sup>24</sup>. W. Geiger, en conexión con la decisión Konkordat, la ha defendido con el fundamento de que

19 Staatliche Abhandlungen, p. 270 y ss.

20 Staatliche Abhandlungen, p. 219 y ss.

21 *Allgemeine Staatslehre* 1925, p. 199 y ss.

22 *Allgemeine Staatslehre*, 3ª parte, 1956, 151 y ss.

23 BVerfGE 6, 309 (340, 364).

24 MAUNZ-DÜRIG, marginales 5 y 6 del art. 20, con la recomendación de “atender a dos partes en la interpretación de la Constitución”. El Estado federal con tres miembros también es defendido por R. HERZOG, nota 3, *DÖV*, 1962, p. 81 y ss., cuyas reflexiones contienen la sorprendente variación por la que se niega la cualidad estatal al Estado total.

los intereses de la Federación de ninguna manera coinciden con los intereses del conjunto<sup>25</sup>.

Joseph H. Kaiser ha traído a la luz con toda claridad las objeciones frente al fundamento y las consecuencias de esta teoría<sup>26</sup>. En realidad el texto de la Ley Fundamental no permite aceptar la teoría de los tres elementos; la terminología de la Ley Fundamental tiene sólo sentido, en atención al art. 79.3, cuando se toman como sinónimos los conceptos “Federación” y “República federal”. Sin tener en cuenta que no es sostenible la identificación entre Estado y Ordenamiento, condición fundamental de la teoría de los tres elementos<sup>27</sup>. Además está en profunda oposición a cualquier significado imparcial así como a las comprensiones tradicionales de la ciencia jurídica alemana del Estado<sup>28</sup>. En definitiva, es de imposible armonización con la realidad de la Ley fundamental, pues la Federación, de acuerdo con la Constitución, puede tener tareas y perseguir fines distintos a los del “Estado total”<sup>29</sup>. Por todo eso hemos de saludar que el Tribunal Constitucional Federal haya rechazado sin ambigüedades esta doctrina en la reciente decisión «Neugliederung» de 1 de julio de 1961<sup>30</sup>.

De mayor significado es la segunda circunstancia que vamos a observar: la inesperada actualización y extensión del principio de confianza federal<sup>31</sup> a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, que ha elevado el concepto hasta convertirlo en una de las piezas centrales del ordenamiento del Estado federal. Estas tendencias han sido caracterizadas por la tesis de W. Geiger, cuando afirma que tal principio, mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal “ha ganado un significado profundo y conformador del conjunto de los elementos de la Constitución, “que hoy tiene más significado que antes”<sup>32</sup>, y que tiene “un significado práctico y teórico más intenso que el principio federal”<sup>33</sup>.

Es cierto que este principio ha sido invocado en muchas ocasiones por el Tribunal Constitucional Federal y que en casos concretos ha sido utilizado como el fundamento de la decisión judicial, y que de acuerdo con el Tribunal “de este principio se pueden derivar a partir de las obligaciones expresamente reguladas

25 “Die wechselseitige Treuepflicht von Bund und Ländern”, en *Föderalistische Ordnung*, nota 4, p. 116 y ss.

26 “Die Erfüllung völkerrechtlicher Verträge des Bundes durch die Länder”, *ZauslöffRu VR* 18, 1958, p. 530 y ss. Una oposición con argumentos formales se puede hallar en USTERI, nota 3, p. 219 y ss. Para más detalles H. SCHÄFER, “Wie steht es um unsere bundesstaatliche Ordnung?”, *NJW*, 1961, p. 1281 y ss.

27 KAISER, nota 26, p. 534 y ss.

28 KAISER, p. 531 y ss.

29 Cfr. también KAISER, p. 535.

30 DVBl. 1961, 587 (590).

31 Este es hoy el concepto generalmente utilizado; podemos encontrar otros conceptos similares, como el de “lealtad federal”, “lealtad contractual”, “obligación de lealtad”, “inclinación federal”, que pese a algunos acentos específicos describen la misma cosa. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se aplican con un significado idéntico los conceptos de “lealtad federal” y “confianza federal”. Cfr. en este sentido W. BAYER, *Die Bundestreue*, 1961, p. 26.

32 Nota 25, p. 114.

33 Op. cit, p. 123.

en la Constitución, tanto concretas obligaciones adicionales de los Länder con la Federación como de la Federación con los Länder, así como límites concretos en el ejercicio de las competencias atribuidas por la Constitución a la Federación y los Länder<sup>34</sup>. Pero una observación más atenta, muestra que no es necesario añadir este principio constitucional no escrito a la Constitución escrita. Aquí radica la objeción decisiva, pues las disposiciones constitucionales deberían ser la verdadera esencia de este ordenamiento.

El repaso de la praxis del Tribunal Constitucional Federal es ocasión obligada para señalar que el recurso al principio de confianza federal en el sentido “de un principio estructural central y omnicompreensivo en la República Federal alemana”<sup>35</sup> es casi siempre inútil. Cuando se trata del respeto de la Constitución escrita, sea por la Federación o por los Länder, tal obligación nace directamente del orden constitucional en conjunto<sup>36</sup> – no sólo externamente, sino también en su sentido – , de manera que la remisión al principio de confianza federal enturbia la verdadera situación jurídica. Cuando se discute la licitud y el modo del ejercicio de las competencias por la Federación y los Länder, nos alcanzan los principios tradicionales sobre abuso de derecho<sup>37</sup> o – en concreto para el ejercicio del control federal – el principio de proporcionalidad<sup>38</sup>, siendo así innecesario el principio de confianza federal. Finalmente, es totalmente superficial la extensión de la validez del principio sobre “el estilo y el proceder” de la actuación de las instancias políticas<sup>39</sup>. Pues si el estilo y el proceder conducen a un resultado no querido por la Constitución, sobra un juicio jurídico sobre el estilo político. O si el resultado es conforme a la Constitución, entonces no hay lugar a una crítica sobre el estilo político. O, finalmente, si el estilo y el proceder provocan que un resultado aceptado por la Constitución aparezca como inconstitucional, en este caso nos encontramos nuevamente ante un problema de abuso de las formas<sup>40</sup>.

---

34 BVerfGE 12, 2005, 225.

35 GEIGER, nota 25, p. 114.

36 Así mismo lo ha dispuesto con claridad el TCF, BVerfGE 8, 122. No queda claro por qué es necesario el recurso al principio de confianza federal.

37 Más aún cuando el Tribunal Constitucional Federal acertadamente considera inadmisibles sólo el exceso arbitrario de los límites externos. El Tribunal ha expresado claramente una idea capital, por la cual una ley de un Land sólo puede ser impugnada en virtud de esta razón (lesión de la lealtad federal) cuando “el legislador del Land ha abusado claramente de su libertad”, BVerfGE 4, 115, 140. Sobre la decisión BVerfGE 1, 299, 315, H. SPANNER (“Zur Rechtskontrolle des bundesfreundlichen Verhaltens”, *DÖV*, 1961, 485) ya ha señalado que bastaría con la ponderación del abuso. Y lo mismo vale para la decisión BVerfGE 3, 52, 57; 12, 205, 239 y ss.

38 Expresamente BAYER, nota 31, p. 91, nota 53: “aquí la lealtad federal queda realizada con el principio de proporcionalidad”.

39 BVerfGE 12, 205, 254 y ss, 259. Sobre la crítica véase K. ZEIDLER, “Gedanken zum Fernsehurteil des Bundesverfassungsgerichts”, *AÖR*, 86, 1961, p. 401; SPANNER, nota 37, p. 483 y ss.

40 En la decisión *Fernsehen* el Tribunal determina la inconstitucionalidad de la fundación de la *Deutschland-Fernsehen-G.m.b.H* directamente de principios derivados de la Constitución. La remisión al principio de confianza federal en atención al “estilo y proceder” de la actuación del Gobierno fue doblemente superficial.

La aplicación de este principio por el Tribunal Constitucional Federal apenas se muestra como necesaria en la vida del Estado federal, lo que constata que tal principio no es un fundamento de la actual actuación federal y que su introducción es difícilmente adecuada para iluminar el ordenamiento. Esto se ve claramente con una ojeada a los pilares del contenido y la eficacia de este principio constitucional no escrito en el marco de la Ley Fundamental.

Rudolf Smend, cuyo famoso trabajo sobre el citado principio es bien conocido<sup>41</sup> <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/13konradhesse.htm> – 41bis, lo desarrolló a partir de la Constitución imperial donde todavía tenían vigor viejos principios como “confederación” o “diplomacia”, que expresaban el sentido funcional de ciertas disposiciones organizativas de la Constitución imperial, que eran consideradas principios jurídicos, pero no en el sentido de normas justiciables, sino en el sentido de acuerdos y colaboraciones jurídicas. Smend distinguió la ratio del principio en el deber de los Estados singulares de actuar y formar la vida del Imperio pese a “la irracional singularidad histórico-política de cada uno de esos Estados”<sup>42</sup>. Aquí el desarrollo de un principio constitucional no escrito se muestra como la compleción plena de sentido de un orden constitucional escrito necesariamente incompleto. Más tarde, Smend trasladó totalmente este razonamiento a las relaciones en la República de Weimar, pero bajo la premisa de que las ideas centrales del orden federal en la República de Weimar eran idénticas a las del Imperio. En la inclusión de un nuevo Tribunal estatal de conflictos, no vio una oposición al principio, sino un límite a las competencias constitucionales de control<sup>43</sup> <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/13konradhesse.htm> – 43bis. ¿Cómo se puede desde aquí trazar un puente a la actualidad y conducir a la extensión del principio en la jurisdicción constitucional? Cualquier fundamento federal de aquel entonces, por ejemplo, “la irracionalidad de la singularidad histórico-política” de los Estados alemanes no puede rescatarse. La Ley Fundamental regula un ordenamiento del Estado federal totalmente renovado y lo garantiza en un sentido absoluto a través de una jurisdicción constitucional con plenas competencias. Así las cosas, en ningún lado está expuesta la justificación para la compleción del ordenamiento de la Ley fundamental a través de principios constitucionales no escritos<sup>44</sup>, y tampoco de dónde nace su contenido<sup>45</sup>. En tanto no haya claridad en estos asuntos y en tanto no exista una distinción definitiva

41 “Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat”, 1916, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 39 y ss. “Verfassung und Verfassungsrecht”, 1928, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 271 y ss.

42 *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 59.

43 *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 272 y ss.

44 La deducción acrítica a partir de la “esencia del Estado federal” (cfr. BAYER, nota 31, p. 35 y ss.) no ofrece ningún fundamento pues no dice en qué consiste la esencia del Estado federal actual. Si la esencia del Estado federal es inmanente entonces el principio también debería ser válido para el derecho federal extranjero. Sin embargo, esto no es el caso de Suiza o los Estados Unidos, véase H.G. RUPPS, “Zur Problem der Bundestreue”, en *Festgabe für Carlo Schmid zum 65. Geburtstag*, 1962, p. 146 y ss.

45 Con acierto W. BAYER, nota 31, ha señalado que el contenido de la lealtad federal no se concreta desde el propio concepto y se disuelve en un sistema de principios directamente aplicables.



entre la elástica función reguladora del principio de lealtad federal en un sistema constitucional sin Tribunal estatal de conflictos y su función como parámetro de constitucionalidad en la elucidación de conflictos competenciales, sólo cabe moverse con suma precaución<sup>46</sup>. De otro modo, corremos el riesgo de desplazar el equilibrio existente entre el control jurídico y el poder político, pero también la división de poderes entre la Federación y los Länder.

Los conflictos entre la Federación y los Länder, hoy, por regla general, no son verdaderos conflictos federales, sino conflictos entre distintas direcciones políticas dentro del Estado, pese a que hagan suyo el ropaje de una disputa constitucional federal. Al tomar como parámetro de la resolución un principio como el de confianza legítima, que no es claro ni en sus fundamentos ni en su contenido, entonces damos con una solución de medios inadecuados. Ocurre igual que si a la oposición frente al Gobierno, o a éste frente a la oposición, se le reclamase “lealtad” o “relaciones amicales”, precisamente donde la disputa entre distintas posiciones jurídicas dentro del marco constitucional es admitida e incluso reclamada por la propia Constitución; la obligación de lealtad se vestiría con el disfraz de una obligación jurídica; obligación jurídica que se basa en un principio jurídico nebuloso e indeterminado. En definitiva, este principio transforma las cuestiones de hecho en cuestiones jurídicas, pese a que en el texto no aparecen como cuestiones jurídicas<sup>47</sup> <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/13konradhesse.htm> – 47bis. La unidad o la decisión política, elementos esenciales del proceso político contemporáneo ideado por la Constitución, serán sustituidos por decisiones del Tribunal Constitucional – perjudicando la política, el Derecho y los Tribunales, que tienen mucho que perder: la política porque se ve recortada en su elemento esencial, el Derecho porque es sobre-exigido, y el Tribunal Constitucional porque ha de responder a cuestiones que le son extrañas. Sin duda, un resultado de este tipo, que de ninguna manera es una tendencia exclusiva del ordenamiento del Estado federal, invierte las riendas del Derecho constitucional de manera que cuestiones políticas, en el disfraz del Derecho constitucional, serán decididas judicialmente para perjuicio de la libertad de decisión y responsabilidad de las instancias políticas. Con todo, y lo que es más importante, no se debe seguir el camino del desarrollo y extensión de un principio constitucional no escrito, simplemente porque es contrario a la Constitución. Así, con acierto, el Tribunal Constitucional Federal recientemente ha interpretado de manera restrictiva el principio de confianza federal y ha remitido al Land de Hesse en el reciente asunto «Neugliederung» a la participación en los órganos federales, sobre todo a través del Bundesrat, como órgano que hace valer los intereses políticos de los Länder en la Federación<sup>48</sup>.

---

46 Sobre este resultado BAYER, nota 31, p. 125 y SPANNER, nota 37, p. 483 y ss.

47 Cfr. También SPANNER, nota 37, p. 483 y ss.

48 DVBl, 1961, P. 587, 590.

El citado principio no tiene siquiera función útil en el marco del ordenamiento federal, limitado a ser parámetro de control constitucional de las obligaciones adicionales y dependientes relativas al intercambio de información, cooperación, atención mutua y en todo caso a la aplicación de los Tratados suscritos por la Federación<sup>49</sup>. No brota su significado como principio “profundamente conformador, omniabarcable y fundamental”, y, por tanto, tampoco goza de una función sustitutiva o de conexión la doctrina moderna del Estado federal.

En definitiva se trata en esencia de un invento negativo. ¿Cómo se explica su surgimiento?

La ausencia de una doctrina contemporánea del Estado federal quizá subraye realmente las propias debilidades del Estado federal; así, la teoría no ha podido encontrar un principio material definitivo del Estado federal porque no existe tal principio, dicho de otro modo, porque el Estado federal es una forma vacía. Entonces, tendrían razón los críticos y escépticos que tienen por superada la consideración del Estado federal como instrumento del orden interno.

Pero también podría ser que la ausencia de una comprensión de las condiciones y singularidades del Estado federal, se deba a que la mirada sobre su verdadera esencia esté perturbada por una imagen inadecuada que no ha abandonado las formas de comprensión ya superadas pero todavía influyentes, incluso de manera inconsciente. El escepticismo y las dudas seguirán frescas en tanto no se aclare que pese al cambio de circunstancias históricas el sistema del Estado federal también desempeña una función plena de sentido en el conjunto del orden constitucional. Ante nosotros, tenemos la tarea de investigar esas condiciones que crean la singularidad del Estado federal y dan eficacia a la estructura federal en el marco del conjunto del ordenamiento.

## 2 CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA DEL ESTADO FEDERAL

En la comprensión clásica, centrada en las antiguas manifestaciones del Estado federal, éste se caracteriza por la simultaneidad de la diversidad y la unidad, por el presupuesto de la diversidad de los Estados miembros, que mantienen su individualidad a través de la construcción federal, individualidad que queda además asegurada y ligada al trabajo común dentro del Estado total. Sin embargo, esta idea de totalidad, todavía hoy un axioma, no se halla en el Estado federal de la Ley fundamental. Quedan pocos restos de la individualidad de los Länder alemanes, de “la irracionalidad de su peculiaridad histórico-política” y de su diferencia material respecto del cuerpo total. Hoy no se pueden reconstruir tales circunstancias y ahí radica el cambio fundamental del problema.

---

49 KAISER, nota 26, p. 542 y ss., con la anotación acertada, de que tal principio, en contraposición a Estados federales extranjeros, no contiene ninguna regla.

## 2.1 CONDICIONES DEL ACTUAL ESTADO FEDERAL

Las causas de este cambio residen en distintas líneas de desarrollo estrechamente ligadas, que han sido a menudo descritas, de manera que aquí sólo señalaremos las más importantes.

En 1871 los Estados singulares eran verdaderas existencias estatales, con su propia individualidad formada a través de la historia, de la conciencia colectiva y en el ejercicio continuado de dominio público. Se entiende así que en aquel entonces la unidad alemana ni negó ni niveló esa individualidad, sino que la garantizó e incorporó al Estado total. Por el contrario, los actuales Länder alemanes, con la estricta excepción de Baviera y los dos Estados hanseáticos, tienen poco que ver con los clásicos Estados alemanes. En su gran mayoría fueron constituidos por las fuerzas de ocupación, algunos con apoyo en los anteriores Estados alemanes, y otros, totalmente nuevos, sobre las antiguas provincias prusianas y partes de otros Estados alemanes. Les falta la fuerza conformadora de la tradición, y las diferencias de origen quedan hoy ocultas y desdibujadas por los movimientos de refugiados a partir de 1945 y la alta movilidad de la población. Han caído los principales fundamentos de las singularidades histórico-concretas.

A esta línea de desarrollo se le une una segunda: el reparto de las tareas estatales en el Estado federal exige que a los Estados miembros se le puedan atribuir competencias que por su naturaleza se puedan llevar a cabo en el ámbito del Land. En tiempos del Imperio este círculo era todavía relativamente grande. Sin embargo, ha ido disminuyendo constantemente desde la fundación del Imperio. Ya su historia muestra un crecimiento de las competencias del Imperio<sup>50</sup>, proceso que se reforzó en la República de Weimar. Hoy, el círculo de las competencias que por su naturaleza podrían realizarse mejor en el ámbito del Land se ha diluido. El peso ascendente de la técnica, la economía y la comunicación, la creciente interconexión e interdependencia de la vida social y económica, así como el incremento de las tareas de planificación y dirección, en síntesis: el desarrollo del Estado social de Derecho requiere unidad e igualdad, necesidad que se reforzó tras la catástrofe de 1945<sup>51</sup>. La superación de las consecuencias de la guerra, el reparto de cargas o el tema de los refugiados son cuestiones que sólo pueden ser reguladas de manera unitaria. Incluso, las tareas originarias de los Länder, como la promoción de la investigación científica, sólo se pueden llevar a cabo en el ámbito de los Länder de manera limitada. Es verdad que el Estado social ha de ser inevitablemente “el marcapasos de la unidad del Estado”<sup>52</sup><http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/>

50 H. TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche*, 1907, p. 53 y ss.

51 Cfr. también W. GREWE, *Antinomien des Föderalismus*, 1948, p. 21 y ss.

52 A. KÖTTGEN, “Der soziale Bundesstaat”, en *Neue Wege der Fürsorge*, Festgabe für H. Muthesius zum 75 Geburtstag, 1960, p. 23.

articulos/13konradhesse.htm – 52bis, pues el Estado requiere imperiosamente una amplia unidad material.

Una simple muestra de esta inevitabilidad, siempre que tomemos a los partidos como factores determinantes del orden político, es que, al margen de la excepción característica del bávaro CSU, los partidos se han constituido a nivel federal – sin duda, como consecuencia de la construcción federal y dado el peso relativo de las asociaciones regionales –, y orientan sus objetivos<sup>53</sup> y su acción a la política federal, y los Länder le son de interés mayoritariamente desde el aspecto de su significado para la política federal. Y esto también es válido allí donde se trata de cuestiones de los Länder, como ejemplifican la valoración de los resultados de las elecciones regionales y el intento de las centrales de los partidos de influir en la formación de los gobiernos en los Länder. Las iniciativas políticas y las energías se apartan del ámbito de los Länder donde no se toman ya decisiones políticas fundamentales; hoy, al margen quizá de la política cultural, los Länder no adoptan verdaderas decisiones políticas y apenas se han desarrollado una verdadera vida política.

Finalmente, en correlación con estos cambios está una transformación fundamental en la conciencia colectiva. En ella concurren varias circunstancias: la vivencia del destino nacional común y de las responsabilidades comunes, los esfuerzos por la unidad europea, la presión de conexiones y oposición políticas y económicas de dimensión mundial, y un sentimiento que teje y desata fuerzas – pero también la actitud, de que todas las diferencias y singularidades especiales son un fastidio, que la antigua solera se muestra como un lío, así que sin pensarlo se da preferencia a la igualdad y el tono único, con la intención de garantizar procesos claros y sin dificultades: circunstancias que hacen difícil el suelo en el que vuelva a crecer el regionalismo de las singularidades.

Ciertamente, todavía perviven hoy partes de las viejas perspectivas, que pertenecen en sentido tradicional a las condiciones del orden federal. La mayoría residen en el desarrollo histórico, que nunca realizan la transición de manera directa. Sin embargo, en su núcleo cada condición se ha transformado, y las consecuencias de este cambio en nuestro Estado federal son hoy claras: el Estado federal alemán contemporáneo es en principio, salvo ciertas limitaciones, «un Estado federal unitario».

## 2.2 TENDENCIAS UNIFICADORAS EN EL ESTADO FEDERAL CONTEMPORÁNEO

No es casualidad, ni siquiera un mero efecto de las tendencias antifederales, sino más bien señal de un cambio innegable, que el peso de las tareas estatales se haya concentrado crecientemente en la Federación<sup>54</sup>; que

53 En el mismo sentido A. KÖTTGEN, *Festschrift für das OLG Celle* (nota 7), p. 86 y ss.

54 Todavía aparecen aquí los efectos difícilmente valorables de la construcción de la República Federal en una Federación supranacional a partir de la división interna.

en el ámbito de tareas de los Länder se desarrolle de modo permanente una creciente coordinación voluntaria; o que la específica eficacia política de los Länder se haya desplazado a su participación en los asuntos de la Federación a través de un órgano federal.

a) El primer elemento, la creciente concentración en la Federación de las tareas estatales<sup>55</sup>, nos es en gran medida familiar y sólo requiere la caracterización singular de los perfiles que lo aclaren, que iluminen su dimensión y profundidad.

En el ámbito legislativo, es verdad que la Ley Fundamental no toma como punto de partida la legislación de los Länder, cuestión que ya se presume de una lectura superficial del art. 70.1. Pero aunque el Título VII ofrezca la posibilidad de una legislación federal completa<sup>56</sup>, también da cuenta de la legislación concurrente, la legislación marco, y en especial de los límites del art. 72, lo que significa un cierto trabajo conjunto de la legislación del Land y de la Federación. Pues bien, esta premisa ha sido durante mucho tiempo una ilusión. En el ámbito de la legislación concurrente la regla ha convertido a la legislación de la Federación y no a la del Land en la legislación activa, a la vez que los límites del art. 72.2 han sido ineficaces, desarrollo que el propio Tribunal Constitucional Federal ha sancionado, sin evaluar con intensidad la necesidad de la legislación federal<sup>57</sup>. La misma tendencia muestra el uso que el legislador federal ha hecho de las competencias concurrentes del art. 75; por ejemplo, regulaciones como las de la Ley marco del Funcionario Público de 1 de julio de 1957 dejan un estrecho margen para una regulación de los Länder que pueda tener “un peso sustancial”<sup>58</sup>.

La imagen es todavía más clara si dirigimos la mirada a la legislación del Land, que se ha reducido a una expresión mínima en contraposición a la legislación de la Federación. Esto se ve en el escaso número de leyes de los Länder y sobre todo en su objeto. Al margen de las leyes que regulan la conformación estatal del Land, la mayoría de sus leyes agotan su contenido en la regulación de detalles dejados por el legislador federal, o en las regulaciones de desarrollo impulsadas por la ley federal. Para encontrar una verdadera regulación autónoma quedan tan sólo las conocidas reservas de los Länder, principalmente el ámbito cultural, el derecho municipal<sup>59</sup> y de seguridad, y, con

55 Cfr. v. LEX, “Die Entwicklung des Verhältnisses von Bund und Ländern in der Bundesrepublik”, en *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet*, 1952, p. 55 y ss.; D. KATZENSTEIN, “Rechtliche Erscheinungsformen der Machtverschiebung zwischen Bund und Ländern seit 1949”, *DÖV*, 1958, 593 y ss.

56 El reciente conflicto sobre las televisiones nos ha mostrado que las competencias de la legislación federal no son tan ilimitadas como pudiese parecer.

57 BVerfGE 2, 213, 224.

58 BVerfGE 4, 115, 129.

59 Al apoyarse en modelos comunes existe a menudo un cierto acuerdo e identidad, lo que es especialmente claro en la numerosas leyes de seguridad, que toman como modelo la ley administrativa de seguridad prusiana de 1931, así como la ley municipal, que toman disposiciones del orden municipal alemán de 1935 o reviven el orden municipal de las zonas británicas de ocupación.

respeto a la regulación federal que cada vez abarca más ámbitos, el derecho de su propia administración.

Todo esto se halla en el Título VII de la Ley Fundamental, de manera que difícilmente se le podría reprochar al legislador federal que no luche por optimizar las competencias que le da el texto de la Ley Fundamental<sup>60</sup>. Y la consecuencia de todo esto consiste en la pérdida de sustancia política de los Länder. Si en el Estado moderno la ley es un elemento decisivo de la conformación política, esto significa que la vida política se desplaza allí donde es posible la conformación. Circunstancia que además plantea la cuestión sobre si el sistema parlamentario de gobierno sirve a las necesidades de los Länder<sup>61</sup> <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/13konradhese.htm> – 61bis.

En oposición a la función legislativa, el art. 92 parece que hace de la función jurisdiccional cosa de los Länder; el poder judicial se ejerce “por los tribunales de los Länder”, con la excepción de los tribunales federales enumerados en la Ley Fundamental. Pero aquí también se ha realizado un cambio profundo, que a menudo pasa desapercibido. Tanto el Derecho material que los tribunales aplican, como el procedimiento judicial o la reglas que fijan el estatus del juez son mayoritariamente Derecho federal. A la luz de la independencia del juez y de su sometimiento exclusivo a la ley, así como el hecho de que los principios determinantes del poder judicial se han desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, queda poco margen de conformación a los Länder: su competencia sobre la justicia es esencialmente competencia de administración sobre la justicia, que incluye la no despreciable competencia sobre personal<sup>62</sup>.

De acuerdo con el sistema federal de la Ley Fundamental, el núcleo de las competencias de los Länder radica en el ámbito de la competencia ejecutiva. Pero también aquí, desde la entrada en vigor de la Constitución, la penetración ejecutiva de la Federación perfila una tendencia de unificación. En los primeros años de la República Federal, Arnold Köttgen analizó con una mirada aguda los múltiples caminos entrelazados<sup>63</sup> <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/13konradhese.htm> – 63bis. Aquí sólo recordaremos los momentos más importantes.

El primero es la construcción de la Administración federal. La Federación, con su propia organización administrativa y las funciones que ha asumido, tiene una dimensión mucho mayor que la que aparentemente le

---

60 Dejaremos aquí a un lado la posibilidad de una extensión de las competencias federales a través de la interpretación o la asunción de competencias federales no escritas. Por ejemplo, las posibilidades de la Federación en su competencia exclusiva del art. 73.1 residen en la propia tensión del concepto “defensa”.

61 W. HENNIS, *Parlamentarische Opposition und Industriegesellschaft, Geellschaft, Staat, Erziehung I*, 1956, p. 217. Aquí podemos prescindir de los otros factores determinantes, cfr. HENNIS, op. cit., 213.

62 W. WEBER, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 1951, p. 79.

63 “Der Einfluss des Bundes auf die deutsche Verwaltung”, *JÖR NF* 3, 1954, p. 67 y ss.

parece atribuir el Título VIII de la Ley Fundamental. El pretexto para ello ha sido el art. 87.3 con cuya ayuda se han instituido un número considerable de autoridades administrativas autónomas. La dificultad de que la Administración central pueda dotarse de su propia infraestructura administrativa, a veces ha encontrado ayudas cuestionables<sup>64</sup>; un ejemplo modélico lo ofrece el caso especial del Banco Central, instituido a través de la Ley federal de 26.07.1957 (BGBl. I. p. 745)<sup>65</sup> <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/13konradhesse.htm> – 65bis y con fundamento en el art. 88 de la Ley Fundamental. De otro lado, la Federación despliega una amplia actividad en ámbitos no previstos por la ley. Se extiende en sus competencias en atención a la conexión con el objeto o a la naturaleza del objeto. De especial importancia es la utilización de medios presupuestarios para fines fuera del Título VIII de la Ley Fundamental. O la concesión de dinero bajo el requisito de cumplir directrices vinculantes y cuyo empleo está sometido al control del Tribunal de Cuentas federal. Aquí vemos un amplio campo para “la dirección administrativa indirecta de la Federación”<sup>66</sup>, que con razón ha suscitado la pregunta sobre los límites constitucionales a tales prácticas<sup>67</sup>.

El segundo momento importante en este desarrollo radica en la creciente influencia de la Federación sobre la administración del Land. Esta influencia resulta al margen de la regulación del Título VIII de la Ley Fundamental, pues a las autoridades del Land les corresponde predominantemente la ejecución de derecho federal, derecho que, sin embargo, persigue restringir la discrecionalidad de las autoridades administrativas del Land, de manera que les quede poco espacio de decisión<sup>68</sup>. No menos clara es la creciente influencia de la Federación en el marco de la regla de principio fijada por la Ley Fundamental sobre la ejecución del Land de la ley federal (art. 83). Mientras que de acuerdo con el texto del art. 84.1 la regla es que los Länder regulan los órganos y el procedimiento administrativo, esta relación ha virado por la creciente invocación del art. 84.1.2 con el resultado de que a los Länder se les ha escurrido el derecho material, y también parte de derecho de la organización y el procedimiento. Además, la Federación tiene la posibilidad de dictar reglamentos generales (art. 84.2), así como autorizar al Gobierno para dictar directrices singulares (art. 84.5), potestad que ha sido utilizado en amplia medida y con la que se ha abierto un campo para la ingerencia en la potestad de ejecución de los Länder. Junto al oportuno agotamiento de las competencias escritas de la Federación aparecen distintas formas de “influencia federal paraconstitucional”<sup>69</sup>, sin duda en la conformación de la coordinación de la ejecución administrativa

---

64 KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 75.

65 Cfr. principalmente párrafos 5 y 6 de la ley.

66 KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 79.

67 KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 80.

68 KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 83.

69 KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 89 y ss.

mediante circulares en la que se expone una determinada interpretación de las disposiciones federales o se recomiendan directrices para la ejecución<sup>70</sup>, o con el especialmente influyente medio de dirección que son las subvenciones finalistas<sup>71</sup>, sobre todo cuando la ayuda se hace depender del cumplimiento de ciertas directrices federales y del control del Tribunal de Cuentas; a la vista queda la ostensible dependencia de los Länder.

Esta imagen se completa cuando se trae a consideración el especial desplazamiento de las relaciones entre la legislación y ejecución, que ha dado lugar a una amplia transferencia a favor del legislativo de iniciativas que hasta entonces estaban en manos de la Administración, lo que desde el punto de vista del Estado federal supone un reforzamiento de la Federación en detrimento del Land. Finalmente, hemos de referirnos al incremento de las materias bajo responsabilidad de la Administración federal, que han sido objeto de muchas leyes de reforma constitucional (art. 120<sup>a</sup>, 87 b.2, 87.c Ley Fundamental)<sup>72</sup>.

No he mostrado aquí todas las posibilidades de la Federación para agotar sus potestades constitucionales de acción administrativa<sup>73</sup>. Pero en el conjunto que se ha expuesto, lo decisivo es el hecho de que también en el ámbito de la Administración se da una irrefrenable tendencia de unificación. La imagen que resulta del logo “pérdida del monopolio administrativo de los Länder”<sup>74</sup> muestra – al margen de la no despreciable competencia sobre personal de los Länder – en qué medida dentro de este ámbito nuclear, su estatalidad está despegada de su autonomía.

b) Con esto no es suficiente: también ahí donde los Länder conservan la posibilidad de una conformación autónoma se muestra con claridad la tendencia a favor de “garantizar la igualdad de las condiciones de vida”. Tal corriente encuentra su expresión en una mayoritaria coordinación voluntaria entre la Federación y los Länder, y sobre todo entre los Länder, con el efecto de una igualación material de las situaciones jurídicas y una práctica administrativa de formas similares.

Este hecho es notorio desde el informe de Hans Schneider en la Reunión de Profesores de Derecho del Estado en Colonia<sup>75</sup>: los Länder se han encaminado en un proceso compartido a través de los acuerdos entre ellos y los

70 Cfr. W. BOUSKA, “Zur Verfassungsmässigkeit von bundeseinheitlichen Richtlinien”, *NJW*, 1962, p. 620 y ss.

71 Una ilustrativa descripción de esta práctica en W. HENLE, “Die Förderung von Landesaufgaben aus Bundesmitteln”, en *Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, Schriftenreihe der Hochschule Sëller Band*, 11, 1961, p. 63 y ss.

72 Sobre esta práctica véase KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, nota 63, p. 92 y ss.

73 Al respecto MAUNZ-DÜRIG, párrafo 40 y 63 del art. 83; J. KÖLBE, “Gemeinschaftsaufgaben zwischen bund und Ländern”, *Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, p. 38 y ss, 43, 45 y ss; F. KLEIN, “Verfassungsrechtliche Grenzen der Gemeinschaftsaufgaben”, p. 132 y ss., 160 y ss.

74 KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, p. 82.

75 “Verträge zwischen Gliedstaaten in Bundesstaat”, *VVDStRL*, 19, 1961, p. 1 y ss.



convenios administrativos<sup>76</sup>, las instrucciones comunes de las conferencias ministeriales, así como con la creación de instituciones comunes<sup>77</sup>. Además, el objeto de la coordinación voluntaria de ninguna manera se ha limitado a ámbitos singulares, sino que se extiende a todas sus competencias. La dimensión de esta práctica se ilustra con las referencias de Hans Schneider para la época entre 1949 y 1960 de 339 acuerdos y convenios administrativos<sup>78</sup> así como el número conocido de 500 instrucciones de la conferencia ministerial sobre cultura y la conferencia permanente de ministros de cultura de la República federal alemana<sup>79</sup>. El valor destacado de este desarrollo es que se ejecuta en un ámbito que no admite la dirección o la ingerencia directa de la Federación a través de ayudas financieras. Por tanto, no se puede explicar como un esfuerzo de los Länder por adelantarse frente a la sincronización desde arriba. Es llamativo el número relativamente grande de convenios cuyo objeto son “asuntos internos de los Länder”, principalmente el ámbito cultural que afecta al dominio de su propia estatalidad<sup>80</sup>. No se trata de un mero correctivo de las tensiones que despierta el reparto competencial.

Las consecuencias que se han de derivar de este desarrollo son de distinto tipo.

Afecta a la instauración de entramados, ajenos al Derecho constitucional de los Länder y la Constitución, y en los que los Länder participan a través de la legislación por medio del Bundesrat; por ejemplo, esta problemática se muestra últimamente con toda claridad en la creación del Segundo Canal de Televisión Alemana<sup>81</sup>. Afecta también a los límites constitucionales de esa coordinación voluntaria<sup>82</sup>. Y afecta a la propia singularidad actual de la federalización en un doble sentido.

Primero en un sentido negativo. Uno puede no darse por convencido con los ejemplos antes expuestos a favor de una tendencia unificadora, al considerarlos prueba de la regla interna que impone la supremacía de la Federación sobre los

---

76 Para la (discutida) distinción entre acuerdos entre Länder y convenios administrativos se remite aquí a H. SCHNEIDER, *VVDStRL*, 19, p. 9 y ss. y la correspondiente discusión en p. 134 y ss.

77 K.H. NEUNREITHER numera 82 organizaciones de los Länder a través de las cuales éstos coordinan el desarrollo de sus funciones, cfr. *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, 1959, p. 105 – este y otros puntos en este trabajo se trata de manera profunda que sirve además de complemento en “Politics and Bureaucracy in the West German Bundesrat”, *The American Political Science Review* LIII, 1959, p. 713 y ss.

78 *VVDStRL* 19, p. 36 y ss. Se incluyen acuerdos entre los Länder y de estos con la Federación.

79 H. SCHNEIDER, *VVDStRL* 19, p. 34.

80 H. SCHNEIDER, *VVDStRL*, 19, p. 6; TH. MAUNZ, “Die Kulturhoheit der deutschen Länder”, en *Föderalistische Ordnung*, nota 4; la conferencia permanente de ministros de cultura ha producido 80 acuerdos sobre instituciones científicas y 225 acuerdos singulares sobre cuestiones educativas, p. 92.

81 KÖTTGEN, *JÖR NF* 3, nota 63, p. 145 y ss. La perspectiva sobre “la responsabilidad política de la dirección administrativa” ha de separarse de las especificidades de la televisión. Confrontar la siguiente nota.

82 Sobre esto H. SCHNEIDER, *VVDStRL* 19, p. 20 y ss.; MAUNZ-DÜRIG, párrafo 51 y ss., sobre el art. 83; J. KÖLBLE, *Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, nota 73, p. 56 y ss.; del mismo autor “Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern”, *DÖV*, 1960, p. 650 y ss.; F. KLEIN, *Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, nota 73, p. 155 y ss.; W. HAEGERT, “Organe der Länder auf Bundesebene?”, *NJW*, 1961, 1137 y ss.; G. PFEIFFER, “Selbstkoordinierung und Gemeinschaftseinrichtungen der Länder”, *NJW*, 1961, p. 565 y ss.

Länder. Pero esta objeción no es posible allí donde los Länder se coordinan libremente. La observación de las especialidades regionales muestra con claridad que nos encontramos ante la unificación e igualación. Cuando el Derecho de los Länder, incluso en sus competencias exclusivas<sup>83</sup> <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/13konradhesse.htm> – 83bis, se asemeja cada vez más, queda poco espacio para las peculiaridades. Este desarrollo contribuye esencialmente a vaciar la sustancia política de los Länder. Tal convergencia apenas deja espacio para una decisión autónoma de los Parlamentos de los Länder y sus leyes, y a menudo el proyecto del Parlamento se ofrece con el fundamento de ser un texto de coordinación, cuya discusión se convierte en un tabú<sup>84</sup> <http://www.ugr.es/~redce/REDCE6/articulos/13konradhesse.htm> – 84bis. Al mismo tiempo se observa un reforzamiento del peso de las burocracias de los Länder, cuestión que trataremos en detalle más adelante. Si la sustancia del Estado federal radica en las singularidades y las diferencias, y es tarea del conjunto preservarlas y asegurarlas, entonces, de acuerdo con tal fundamento, es posible concluir certificando la muerte del Estado federal.

Con todo, las formas de la coordinación voluntaria entre los Länder constatan elementos significativos para una consideración positiva de la naturaleza del actual Estado federal. En este sentido, las anotaciones de Herber Krüger reflejan que la «ratio essendi» del Estado federal no radica en las diferencias materiales, sino en otra cosa, quizá de naturaleza federal, principalmente en la autonomía y pluralidad de las iniciativas de los Länder, que en atención a los elementos sociales y económicos que fomentan el desarrollo igualitario, prefieren coordinarse a ser coordinados<sup>85</sup>. En realidad nos encontramos ante un momento decisivo: la unidad material es una manifestación que resulta de la necesidad de los tiempos; intentar detenerlo sería una empresa vana que pondría en extremo riesgo a la normatividad de la Constitución. Pero esta unificación no es sinónimo de centralización para la estructura del Estado federal. Se conserva el efecto divisorio del ordenamiento federal e incluso se refuerza con la colaboración entre los Länder. La vida del Estado se determina por el acuerdo de factores de igual estatus y no por órdenes centrales y estrictas formas de jerarquía, siendo las primeras mucho más acordes al ordenamiento general<sup>86</sup>. Sería precipitado buscar aquí un defecto de construcción de la Ley Fundamental<sup>87</sup>, que sólo podría repararse mediante una reforma de los artículos

---

83 También, al margen de toda coordinación, instituciones que toman un patrón común tienen un efecto similar, cfr. nota 59.

84 W. WEBER, *VVDStRL* 19, p. 159.

85 *VVDStRL* 19, p. 158.

86 No es posible explicar esta diferencia mediante la oposición “domino/cooperación”, H. KRÜGER, *VVDStRL* 19, p. 146 simplemente porque los participantes en tal cooperación son los funcionarios ministeriales de los Länder, H. SCHNEIDER, *VVDStRL* 9, p. 163) y porque los acuerdos se presentan ante los ciudadanos como manifestación del poder público. El concepto “burocracia” no se usa aquí en términos peyorativos.

87 H.P. IPSEN, *VVDStRL* 19, p. 257; W. WEBER, p. 158.

74 y 75. Quizá la Constitución aquí también sea más inteligente que el propio constituyente.

c) Finalmente, el significado del Bundesrat en la actual vida constitucional responde también a la idea del Estado federal unitario<sup>88</sup>. Este elemento, como las formas de coordinación voluntaria de los Länder, configuran de manera determinante la singularidad contemporánea del orden federal. En una particular transformación de los anteriores desarrollos, la progresiva unificación material de la República federal no se vincula con una reducción del peso del Bundesrat, sino con un crecimiento, algo que no era nada previsible al entrar en vigor la Constitución<sup>89</sup>; y esto no ha supuesto un desmonte del orden federal, sino su reforzamiento – en oposición al desarrollo del Bundesrat del Imperio que nunca logró la importancia que se le atribuía en la Constitución, o el Reichsrat de Weimar que en ningún momento logró desempeñar un papel adecuado en la vida constitucional.

Junto a la amplia colaboración del Bundesrat en la administración de la Federación, cuestión que no está regulada de modo acabado en la Ley Fundamental<sup>90</sup>, la importancia intelectual reside en que el Bundesrat, a través de una amplia interpretación de la necesidad de conformación de las leyes federales<sup>91</sup>, se ha convertido en un factor destacado de la legislación de la Federación<sup>92</sup>. El Bundesrat ha mantenido la interpretación de que allí donde una ley necesita la conformidad parcial todo el contenido de la ley necesita la conformidad, e incluso también la modificación de esa ley.

La clave constitucional de este desarrollo es el art. 84.1, que origina el gran número de casos necesitados de conformidad. Entretanto, podemos preguntarnos si la posición ventajosa en la que se apoya el Bundesrat – y así la ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal<sup>93</sup> – se debe a una interpretación extensiva de la necesidad de conformidad desde el punto de vista de la coordinación o desde el

88 Una buena orientación sobre el trabajo del Bundesrat en los primeros diez años de su existencia lo da el informe de A. HAAS, "Aufgaben und Wirken des Bundesrates bei der Auslegung und Fortentwicklung des Grundgesetzes" y A. PFIZER, "Organisation und Arbeit des Bundesrates", en *Zehn Jahre Bundesrat*, 1961, p. 119 y ss., 137 y ss., 187 y ss.

89 Cfr. v. LEX, *Festschrift für Wilhelm Laforet*, nota 55, p. 57.

90 En el marco de las intervenciones no reguladas es fundamental la influencia derivada de la política de personal, que se manifiesta en las numerosas nominaciones que corresponden al Bundesrat, cfr. KÖTTENGE, *JÖR NF 3*, nota 63, p. 105.

91 La Ley Fundamental considera como regla las leyes en las que el Bundesrat, tras el fracaso de los instrumentos de mediación, puede introducir el veto (art. 77.3). Este veto puede ser levantado con mayoría cualificada del Bundestag (art. 77.4). En los casos enumerados por la Ley Fundamental en los que es necesaria la conformidad: la ley federal no puede entrar en vigor en contra del voto del Bundesrat.

92 De las 152 leyes publicadas en el Boletín oficial, 70 fueron leyes ordinarias y 82 leyes de conformidad. Los números correspondientes a los años anteriores reflejan ese desarrollo de manera más clara (los primeros números designan a las leyes ordinarias, los siguientes a las leyes con conformidad): 1950: 69/19; 1951: 110/41; 1952: 65/66; 1953: 76/94; 1954: 58/42; 1955: 59/55; 1956: 77/64; 1957: 65/95; 1958: 21/32; 1959: 41/65; 1960: 57/55 – las leyes de conformidad son mayoritariamente las leyes más importantes-.

93 BVerfGE 8, 274, p. 294 y ss.

punto de vista técnico, para evitar dificultades insuperables dentro del proceso legislativo<sup>94</sup>. Pero en verdad, la lógica radica en el propio Bundesrat. Ésta no es otra que la lógica del Estado federal unitario.

Según la interpretación del Bundesrat, el art. 84.1 tiene una propiedad automática: en el Estado federal unitario, el legislador federal, como se ha mostrado, no puede satisfacerse con una normativa material uniforme; se debe luchar por asegurar la uniformidad de la ejecución a través de normas de organización y procedimiento, pese a que de acuerdo con el art. 84.1 éstas son competencia de los Länder. En la misma medida que la Federación quiere ganar influencia en el ámbito de los Länder, en virtud del art. 84.1 crece la influencia del Bundesrat (art. 84). Si tomamos en conjunto la autonomía conformadora de los Länder y la posición del Bundesrat, éste se convierte en el órgano a través del cual los Länder participan en la formación de la voluntad del conjunto del Estado, articulando así el Estado federal unitario. Más aún: esta necesidad abre una influencia decisiva del Bundesrat, que de otro modo no tendría.

Se confirma aquí el juicio que Rudolf Smend ya había expuesto para el ordenamiento federal de la República de Weimar, por el que consideraba que a la luz de la fuerte unificación del Estado federal moderno el lugar perdido por los poderes del Land sería ocupado a través de su participación en el poder del Imperio, de modo que los Länder por medio de esta participación lograrían un espacio más en la vida política y así realizarían su naturaleza estatal<sup>95</sup>.

Este desplazamiento significaría un acercamiento al Estado centralizado, si en el Bundesrat se corporeizaran las mismas fuerzas que en el Bundestag o en el Gobierno Federal. Para una amplia corriente se da este caso, pues considera que el Bundesrat en todos los supuestos es exponente de las mismas fuerzas que están presentes en los otros órganos de la Federación, los partidos políticos<sup>96</sup>. Pero esto es cierto sólo de manera parcial. Al margen de la exigua posibilidad práctica de una mayoría de la oposición en el Bundesrat, las mayorías de los Länder podrían dirigirse hacia la construcción de una coalición que no coincidiese con la coalición dominante en la Federación, de modo que el voto deseado por la mayoría de gobierno en la Federación, de ninguna manera esté asegurado. De otro lado podría ocurrir, como nos ha enseñado la praxis del Bundesrat que incluso entre la posición del Gobierno Federal y la mayoría del Bundestag, y la del Gobierno del Land del mismo partido, existiesen diferencias,

---

94 La amplia bibliografía puede verse aquí en MAUNZ-DÜRIG, art. 77, párrafos del 8 al 10, cfr. también HAAS, nota 88, p. 127 y ss.

95 "Verfassung und Verfassungsrecht", *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 270.

96 Esta tesis la defiende ARNOLD J. HEIDENHEIMER, que considera como una ilusión presentar al Bundesrat al modo de equilibrio frente a las tendencias centralizadoras del líder del partido, "Federalism and Party System. The Case of Western Germany", *American Political Science Review* LII, 1958, p. 809 y ss. Esta imagen se basa en una comprensión insuficiente de la situación, pues la falta de uso del veto del Bundesrat no se debe al hecho de un acuerdo general entre el Bundestag y el Bundesrat, sino a que el Bundesrat la mayoría de las veces logra imponer su posición. Cfr. K.H. NEUNREITHER, *Politics and Bureaucracy*, nota 77, p. 720 y 722.

que se hagan ver en el Bundesrat<sup>97</sup>. Pero sobre todo no se puede dejar a un lado el hecho de que las fuerzas reales que se hacen valer en la institución del Bundesrat no se han de buscar en la cuerda de los políticos sino en los altos funcionarios de los Länder. Estos funcionarios gozan del factor de continuidad al tener de su lado el conocimiento material y técnico, empujando así a la burocracia frente al liderazgo político, lo que permite que en el Bundesrat, a diferencia del Bundestag, la burocracia del Land ocupe un lugar equivalente al de la clase política. Como ha demostrado K.H. Neunreither<sup>98</sup>, la burocracia del Land predetermina en gran medida la decisión del pleno a través de las comisiones del Bundesrat donde se prepara la mayor parte del trabajo (art. 52.4 Ley Fundamental). Mediante una coordinación informal produce las condiciones para la decisión del Bundesrat, condiciones que luego casi nunca se cambian. Se dan muchas y ocultas formas de influencia en la actividad decisoria del Bundesrat<sup>99</sup>. Tomado todo esto en conjunto es difícil negarle al Bundesrat la función de un factor autónomo frente a los otros órganos federales y no porque haga realidad el elemento federal<sup>100</sup> de la individualidad de los Länder, sino porque ofrece un substrato distinto al resto de órganos federales: el específico elemento administrativo de los Länder<sup>101-102</sup>.

Todo esto es de considerable importancia, como ha señalado K.H. Neunreither. La división del poder ejecutivo realizada en la Constitución entre el Bund y los Länder ha conducido a que el Ejecutivo federal no sólo sea controlado por el Parlamento sino también por los Ejecutivos de los Länder<sup>103</sup>. Por otro lado, el Parlamento, junto al control del poder judicial, encuentra en amplios espacios no limitados al control jurídico, el control de los ejecutivos de los Länder<sup>104</sup>. Este hecho se funda exclusivamente en la estructura federal de la Ley Fundamental; de otra manera no podría realizarse. Por tanto, aquí también

---

97 K.H. NEUNREITHER ha subrayado con acierto que los miembros del Bundesrat se muestran mucho menos sensibles a las influencias del líder del partido que sus colegas en el Bundestag, *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 93, 96, p. 107 y ss.

98 *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 27 y ss.

99 NEUNREITHER, *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 27 y ss.

100 Significativamente, sobre el voto en el Bundesrat no deciden los Parlamentos de los Länder, quienes constitucionalmente han de estar en el centro de la vida política, sino los Gobiernos de los Länder. Cfr. NEUNREITHER, *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 102.

101 El papel fundamental de la burocracia del Land no radica sólo en el hecho de ser más antigua que la burocracia de la Federación y por tanto cuenta con miembros cualificados de la administración de los Länder en el Imperio. Otro factor decisivo consiste en que la Administración del Land en virtud de la amplia infraestructura tiene mejores posibilidades para la selección del personal que las autoridades de la Federación, que en general no pudieron apoyarse en el personal cualificado de la Administración del Land. Véase en este sentido, K. ELSHOLZ, "Kritische Gedanken zur Personalpolitik des Bundes", *DÖV*, 1962.

102 K.H. NEUNREITHER ha indicado con acierto la importancia de una institución como el Bundesrat para la integración europea. Un Bundesrat europeo sería un medio interesante para la fusión de los distintos Estados nacionales, pues sería un efectivo vínculo entre las distintas burocracias nacionales y la presentación de una nueva administración supranacional, *Politics and Bureaucracy*, nota 77, p. 731.

103 *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 132 y ss.

104 *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 132.

se demuestra que el Estado federal unitario de ninguna manera es idéntico al Estado centralizado, sino que es una nueva y peculiar forma de federalización.

### **3 FUNCIÓN Y ESENCIA DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO FEDERAL EN RELACIÓN CON EL CONJUNTO EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL**

Cuando la realidad del Estado federal se ha transformado con la desaparición de las formas tradicionales de estatalidad federal y la erección de nuevas formas, entonces se presenta la cuestión de cómo se ha de comprender y ordenar este cambio desde el punto de vista teórico. ¿Demuestra tal cambio simplemente que el Estado federal, el Derecho constitucional y la realidad constitucional están en una contradicción insuperable?<sup>105</sup> En otras palabras, ¿se confirma que la estructura del Estado federal es una forma de ordenación inadecuada en el Estado moderno? ¿O se comprueba que la estructura federal es en su actual modo de funcionamiento una forma plena de sentido?

Esta cuestión, en definitiva, versa sobre la función de la estructura del Estado federal en conexión con el conjunto del ordenamiento constitucional. Si los efectos del Estado federal se incardinan con pleno sentido en el sistema constitucional de la Ley Fundamental entonces significa que tienen algo más que un mero significado fáctico: cobra el contenido del principio del Estado federal conformado de acuerdo con la Constitución. Por tanto es necesario atender detenidamente al modo de funcionamiento del Estado federal.

#### **3.1 EL MODO DE FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO FEDERAL UNITARIO**

El Estado federal se caracteriza por el cambio de acento producto de la transformación en sus formas de manifestación. Mientras que en el ordenamiento federal de viejo cuño dominaba la tarea de producir y contener la unidad del conjunto y con ella declinaba el significado de la estructura del Estado federal para la formación de la voluntad del Estado y el juego de las fuerzas políticas en el conjunto – en última instancia por la hegemonía de Prusia –, hoy tal relación se ha transformado. El Estado federal unitario realiza la vieja función de integración sólo en un sentido reducido, pues tal forma de integración es innecesaria en la actualidad. Hoy, el significado de la estructura del Estado federal toma cuerpo en dos direcciones.

a) Primero, se muestra en la estrecha conexión entre la estructura del Estado federal y la división de poderes.

La división de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en poderes del conjunto del Estado y poderes de los Estados miembros es una comprensión ampliamente extendida, que se subraya habitualmente como una función

---

105 K. LOWENSTEIN, *Verfassungsrecht und Verfassungsrealität*, AÖR, 1951/52, p. 41 y ss.

específica del principio Estado federal<sup>106</sup>. Los efectos de esta “división vertical del poder” se debilitan esencialmente en el Estado federal unitario. Allí donde los Estados miembros todavía conservan la limitada posibilidad de una conformación autónoma, las competencias del conjunto y de las partes se confunden unas con otras y ganan así paulatinamente el carácter de tareas comunes de la Federación y los Länder, por tanto difícilmente se puede hablar de magnitudes de igual grado; y, sin embargo, tal es la condición de cualquier división y equilibrio de poderes. Allí donde los Länder trabajan conjuntamente mediante la libre coordinación y la realización de instituciones y formas jurídicas comunes que no desmerecen a las reglas unitarias de la Federación. Aquí no sólo se conserva el efecto divisorio del principio Estado federal, sino que se refuerza. Se produce un mayoritario acercamiento a la división horizontal de poderes.

En realidad, el efecto divisorio en la actual vida constitucional de la estructura del Estado federal, reside menos en la división vertical que en la ampliación y refuerzo de la división de poderes horizontal, en el elemento del equilibrio de poderes. Los factores de este equilibrio en la democracia moderna no son “legislativo” y “ejecutivo” en el sentido de la clásica doctrina de la división de poderes, sino las fuerzas políticas reales, que, dejando a un margen del poder judicial, mantienen unas con otras la balanza y se controlan entre ellas: de un lado la mayoría parlamentaria y el Gobierno, de otro la oposición. Junto a esta forma de equilibrio, en el Estado federal contemporáneo surgen otras entre el Bundestag y el Gobierno federal de un lado, y el Bundesrat de otro, siendo el factor que se hace realidad el Bundesrat no tanto el elemento federal de la individualidad del Land como el elemento de la burocracia ministerial. Con el control político y jurídico dentro de los más altos órganos constitucionales se muestra al mismo tiempo un control de estos órganos a través de los ejecutivos federales.

Una situación de este tipo, cobra un importante significado en tanto en cuanto el equilibrio entre la mayoría de gobierno y la oposición disminuye por causa de la inexistencia de verdaderas confrontaciones políticas: ocupa el lugar del equilibrio democrático de poderes, ahí donde la oposición política efectiva languidecía bajo el techo de los partidos de masas. Y aún será más importante cuanto menores sean las decisiones políticas que se adopten<sup>107</sup>. Si la sustancia política desaparece, la Administración ocupa su lugar; y con ella crece el peso de las fuerzas cuyo poder reside en la Administración.

---

106 Cfr. BVerfGE 12, 205, 229. H. PETERS, *Gewaltentrennung in moderner Sicht*, 1954, p. 24 y ss.; KÖTTGEN, *Festschrift für das OLG Celle*, nota 7, p. 83; v. LEX, “Die Grundlagen unserer föderativen Ordnung”, en *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75 Geburtstag von Hans Nawiasky*, 1956, p. 240; SÜSTERHENN, nota 7, p. 30; MEYERS, nota 7, p. 52; C.J. FRIEDRICH, *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, 1953, p. 215; W. KÄGI, “Von der klassischen Gewaltenteilung zur umfassenden Gewaltenteilung”, en *Verfassungsrecht und Verfassungsmäßigkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60 Geburtstag*, 1961, p. 169.

107 El Bundesrat se demuestra incapaz de actuar con eficacia allí donde se adoptan verdaderas decisiones políticas.

La conexión entre la estructura del Estado federal y la división de poderes no se agota en esos limitados efectos. En el ordenamiento federal de la Ley Fundamental aparece un elemento de no menor importancia para la división de poderes, que hoy, en la mayoría de los casos, se pasa por alto: la ordenación de las funciones materiales del Estado, de un lado la función política en sentido estricto, propia del Gobierno y el Poder legislativo, de otro la función administrativa. Si bajo el concepto de “Administración” no entendemos una técnica libre de valores, o la mera ejecución de una voluntad externa, principalmente la del pueblo, sino la realización de una tarea material y pública de regulación vinculada jurídicamente a través de principios, entonces este poder ejecutivo fundamenta la naturaleza del cargo de los llamados a ejecutarla. No son meros especialistas, ni meros funcionarios, sino titulares “de una función pública de confianza”<sup>108</sup> en el sentido específico y valorativo de este concepto. La función administrativa está determinada por la consciente garantía de funciones especializadas, el dominio del problema organizativo, al margen de los partidos, frente a la función política en sentido estricto como desarrollo espontáneo de fuerzas dinámicas, la creación de nuevas formas, la dirección y coordinación de la acción. Ambos elementos se ordenan en el Bundesrat. El Estado federal unitario trae a la formación de la voluntad estatal tanto el elemento político como el administrativo, sin el cual la voluntad política ya no puede conformarse en un Estado planificador. En el interior de la función ejecutiva logra una ordenación de la función de dirección del Gobierno federal con la función más atenta a la conformación material y concreta de los Gobiernos de los Länder. Esta conexión, que hace fructífera la experiencia administrativa de los Länder para la ley federal, encuentra su expresión en el Bundesrat.

Cuando las fuerzas de los Länder ejercen influencia determinante en el conjunto del Estado, aportando el específico elemento de la administración, reside ahí también la legitimidad de su autonomía y de sus competencias en el marco del conjunto del ordenamiento. La mera normatividad jurídico-positiva no permite justificar este tipo de legitimidad. No se puede hablar de una legitimidad democrática directa – al margen de que esta legitimidad requiere un pueblo del Land –. Es la especial función del cargo, que encuentra su raíz en el Estado de derecho, la que legitima la autonomía y la cooperación.

b) Junto a estos efectos de la organización del Estado federal relativos al conjunto del orden constitucional, aparecen otros que apenas encuentran fundamento en ese orden. A ellos pertenece en primer lugar la conexión entre la estructura del Estado federal y la organización interna de los partidos.

La organización del Estado federal da origen a particulares posiciones de los Länder que no podrían ser abarcables por la Federación, y desde

---

108 A. KÖTTGEN, “Das anvertraute öffentliche Amt”, en *Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80 Geburtstag*, 1962, p. 119 y ss., en especial 126 y ss.



las que los gremios regionales del partido pueden desarrollar una mayor autonomía e independencia frente a las profundas tendencias de centralización y subordinación de la dirección general del partido. En conexión con la institución del Bundesrat hacen valer posiciones divergentes. De este modo, el orden federal despliega una influencia directa sobre los partidos, donde se relajan las rígidas líneas de la organización<sup>109</sup>. Funciona como garantía de la democracia interna, que seguramente es más efectiva que la disposición del art. 21.1.3 y su concreción a través de la ley federal, y sin duda mucho más efectiva que la garantía del art. 38.1.2. Con los medios organizativos del Estado central este efecto no se alcanzaría<sup>110</sup>.

Pero no sólo esto. El ordenamiento del Estado federal es, como ha señalado K.H. Neunreither<sup>111</sup>, de importancia para la actuación de las asociaciones. La considerable función del Bundesrat invoca los esfuerzos de los grupos de interés para hacer valer sus pretensiones. Esto se hace difícil en el procedimiento a través del cual el Bundesrat adopta su decisión. El representante en el Bundesrat no pasa demasiado tiempo en su escaño de Bonn, de manera que las decisiones se toman en las comisiones, cuyo trabajo es preparado mediante la coordinación informal entre los ministerios de los Länder. Conseguir influir en las administraciones de los Länder no es tarea fácil, y normalmente se deja en manos de las organizaciones y grupos de interés local. Se dificultan así las organizaciones centralizadas, de manera que la organización federal, al igual que en el caso de los partidos relaja su estructura interna.

Finalmente, en conexión con el ordenamiento democrático de la Ley Fundamental la estructura del Estado federal realiza otra importante función: la estatalidad de los Länder, junto al conjunto del Estado, habilita que partidos minoritarios en la Federación puedan ser partidos de gobierno en los Länder, donde son partidos mayoritarios. Este efecto de la organización federal es de gran importancia. Aminora la contraposición entre partidos de gobierno y partidos de oposición en la medida en que los equilibrios políticos de los Länder puedan ser distintos. A los partidos de la oposición en la Federación, los Länder les abren el camino de la responsabilidad de gobierno y la posibilidad de una línea propia, de modo que no se limite a la crítica del partido de gobierno – lo que no deja de tener un gran significado para la psicología de los partidos. Sobre todo, permite que los líderes de la oposición aprendan a valorar los asuntos de Estado y se habitúen a la responsabilidad de Estado, de manera que cuando

---

109 NUENREITHER, *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 122 y ss., señala con acierto el significado de la política de partidos en la definición de los votos en el Bundesrat y con ella una considerable influencia de las centrales de los partidos en la conformación del Gobierno de los Länder y que de este modo el Bundesrat contribuye al entierro de la vida política de los Länder. Aquí reside según la doctrina tradicional del Estado federal una de las desventajas del Bundesrat. En el caso del Estado federal unitario se trata de una consecuencia necesaria, resultante de sus propias condiciones.

110 Cfr. K. HESSE, "Die Verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat", *VVDStRL* 17, 1959, p. 31 y ss.

111 *Der Bundesrat zwischen Politik und Verwaltung*, nota 77, p. 112 y ss.

sean el partido de gobierno en la Federación, dispongan de un amplio personal político a su disposición.

En el Estado federal unitario se conservan otros efectos, que ya se daban en el Estado federal tradicional. Me refiero a la división y organización de los ámbitos de la actuación estatal. A través de los Estados miembros, aunque sea en pequeña medida, se traslada la cercanía del Estado a los distintos ámbitos en los que ha de ejercer sus funciones; se acercan las personas y las circunstancias. Y al contrario, el particular se acerca al Estado. Los problemas estatales, en el reducido ámbito de un Land, son todavía comprensibles, abarcables, asumibles<sup>112</sup>. La división en pequeñas unidades estatales ofrece la posibilidad de una consciente comprensión y participación en el problema, que a su vez es condición para una participación adecuada en los problemas de conjunto. Entre los municipios y el Estado, los Länder constituyen una construcción estatal que abarca lo pequeño en una unidad más grande, y a través de ella participa en la conformación general<sup>113</sup>. Así, la construcción del Estado federal da forma a una importante condición de la democracia.

No se debe dejar a un lado que se trata sólo de posibilidades, cuya consolidación a la luz de la actual realidad estatal son aproximadas, en especial una vez señalado el claro cambio de conciencia. Y tampoco se debe prescindir del envés de toda descentralización. Cuanto menor es la unidad estatal, más grande es el riesgo de que se reduzca el horizonte de los que viven en esa unidad. Cuanto más cercano es el ámbito material en el que se han de tomar las decisiones, mayores son los vínculos personales, las obligaciones personales, en fin, las diferencias personales, por tanto mayores son las influencias extrañas al cargo. Estos efectos colaterales han de ser tenidos en cuenta cuando se opta por la descentralización.

### 3.2 CONSECUENCIAS

Todo esto, las particularidades de la actual vida del conjunto del Estado y sus efectos esenciales resultan del modo y forma en que el Estado federal se constituye y desarrolla dentro de la Ley fundamental. Esas particularidades reflejan el funcionamiento del Estado federal unitario, porque no afectan la vida constitucional interna de los Länder, sino los efectos del Estado federal en el conjunto del Estado. De ello resultan dos consecuencias fundamentales:

El ordenamiento del Estado federal, dentro del Estado constitucional contemporáneo, no es una mera reliquia. Un principio fundamental de efectos tan significativos para el conjunto de la vida constitucional no puede verse como algo mortecino, que emerge trabajosamente en virtud de la decisión constitucional contenida en el derecho constitucional positivo.

---

112 M. IMBODEN, *Die Staatsformen*, 1959, p. 82 y ss.

113 Cfr. KÖTTGEN, *Festschrift für das OLG Celle*, nota 7, p. 96.

Lo que hoy compone la esencia del ordenamiento del Estado federal no reside ya en el ámbito del pensamiento federal; el federalismo como principio de integración ha perdido en los ámbitos nacionales el significado de su fuerza histórica<sup>114</sup>. Por eso ha cambiado fundamentalmente el carácter del ordenamiento del Estado federal. La organización de una pluralidad de Estados miembros y de su plural individualidad es cada vez más la organización de fuerzas de conjunto, de fuerzas que en sentido estricto se han convertido en fuerzas administrativas y políticas. La división de poderes vertical se ha transformado en una nueva forma de división horizontal. Y al mismo tiempo se convierte en un nuevo elemento con significado para la organización interna de los partidos y las asociaciones, así como para los partidos en el gobierno y la oposición. En esta serie de efectos, la construcción del Estado federal se muestra insustituible para el ordenamiento democrático de la Ley Fundamental. Y además produce efectos para el conjunto del Estado que están hermanados estrictamente con el Estado de Derecho<sup>115</sup>. Lo que las antiguas teorías del Estado federal presentaban como una alteración de la verdadera esencia del Estado federal, se ha convertido hoy en su principio verdadero: en el sistema de la Ley Fundamental es la construcción del Estado federal un complemento esencial del ordenamiento democrático<sup>116</sup> y del Estado de Derecho.

Desde este fundamento carecen de objeto las supuestas antinomias del actual Estado federal. Esto es válido especialmente para la antinomia entre el Estado federal y la democracia<sup>117</sup>, porque ambas formas no se presentan en el ordenamiento de la Ley Fundamental como algo distinto, sino como elementos complementarios que se condicionan y sostienen. El Estado federal unitario no se basa en principio de “unión”, por lo que puede reconocerse como una decisión del conjunto del poder constituyente.

Y tampoco existen fundamentos antinómicos entre el Estado federal y el Estado social<sup>118</sup>, porque las formas de unidad e igualdad necesarias en el Estado social no han de entrar en contradicción con las formas del Estado federal unitario. El concepto de “Estado federal social” (art. 20.1) de ninguna manera contiene una «contraditio in adjecto», sino que el texto de la Ley Fundamental permite reconocer que el Estado federal se sostiene sobre fundamentos distintos a los del Estado federal clásico; se trata más de dar un significado adecuado al futuro, que de intentar acercar lo opuesto.

---

114 R. NÜRNBERGER, “Wesen und Wandel des Föderalismus im modernen Staatsleben”, en *Festschrift für Gerhard Ritter*, 1950, p. 429 y ss. Esto no significa que el pensamiento federal este muerto; pero su campo radica sólo en el ámbito supranacional. Cfr. también GREWE, nota 51, p. 17.

115 K. HESSE, “Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes”, *Festgabe für Rudolf Smend*, nota 108, p. 90 y ss.

116 v. LEX, *Festschrift für Hans Nawiasky*, nota 106, p. 240.

117 C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, nota 14, p. 388 y ss., GREWE, nota 51, p. 14 y ss.

118 KÖTTGEN, *Festgabe für Hans Muthesius*, nota 52, p. 21 y ss.

Tampoco tiene validez la antinomia entre federalismo político y unitarismo social<sup>119</sup>, porque los fundamentos del actual Estado federal sólo se pueden hallar limitadamente en el pensamiento federal. El Estado federal unitario muestra que en el Estado social ya no se da una divergencia entre lo estatal y lo social<sup>120</sup>.

Y también carece de valor el argumento habitual que señala como incompatible con el Estado federal la capacidad de la Federación para disponer sobre el estatus del Estado miembro (art. 18 WRV, art. 19 Ley Fundamental). Allí donde los Estados miembros ya no son individualidades histórico-concretas, no se puede hablar de la conservación de la existencia del Land particular sino de los efectos de la construcción del Estado federal para el conjunto.

Tampoco tiene valor el reproche que manifiesta el anacronismo de señalar la construcción del Estado federal como uno de los límites al poder de reforma del art. 79.3. Esta disposición no dice que los fundamentos y las formas del ordenamiento federal tradicional deban permanecer inalteradas. Se refiere en verdad a la división de la Federación en Länder y a la participación de los Länder en la legislación del Estado. Estos son elementos irrenunciables en el Estado federal unitario.

Cuando el principio Estado federal se comprende desde el punto de vista histórico, entonces sus formas actuales se esclarecen como señal de lo que ha acontecido. Puede ser que en esta nueva conformación haya perdido significado frente a la función anterior<sup>121</sup>. Pero esto no ocurre por las consecuencias del desarrollo histórico del Estado federal, sino por la propia esencia de una Constitución que – en oposición a la Constitución imperial de 1871 – quiere estar en la primera línea de las Constituciones de los Estados democráticos de Derecho. En definitiva, tal esclarecimiento no se sostiene sobre una concepción intelectual, sino sobre una comprensión de los hechos, que al observarlos de cerca, ofrecen una parte de la conformación efectiva y plena de sentido de la vida del Estado incluso bajo las circunstancias cambiantes de la actualidad. De este modo se ofrece una mirada sobre el desarrollo del ordenamiento del Estado federal de la Ley Fundamental que permite el entendimiento de sus fundamentos y esencia no como abstracción e ilusión, sino como un elemento nuclear del verdadero ordenamiento del ser estatal contemporáneo. El Estado federal unitario y su función fundamental para la democracia y el Estado de Derecho: este debe ser el punto de partida de la moderna teoría del Estado federal que haga justicia a la actual teoría del Estado y de la Constitución.

---

119 KÖTTGEN, *Festschrift für das OLG Celle*, nota 7, p. 82 y ss., con una referencia a la posibilidad de la adaptación.

120 Lleva razón KÖTTGEN cuando señala que la constante degradación del Estado como mera asociación finalista no disfraza el problema. Simplemente lo sitúa en otro plano.

121 KÖTTGEN, *Festschrift für das OLG Celle*, nota 7, p. 96.

2190

## Supremo Tribunal Federal

05.10.2011 Plenário

Ação Cível Originária nº 1.109 São Paulo

Relatora: Min. Ellen Gracie

Redator do Acórdão RISTF: Min. Luiz Fux

Autor(a/s)(es): Ministério Público Federal

Réu(é)(s): Ministério Público do Estado de São Paulo

### EMENTA

**CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES – CARACTERIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO – COMPETÊNCIA DO STF – ART. 102, I, F, CF – FUNDEF – COMPOSIÇÃO – ATRIBUIÇÃO EM RAZÃO DA MATÉRIA – ART. 109, I E IV, CF**

1. Conflito negativo de atribuições entre órgãos de atuação do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual a respeito dos fatos constantes de procedimento administrativo.

2. O art. 102, I, f, da Constituição da República recomenda que o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Público Federal e do Estado de São Paulo subsuma-se à competência do Supremo Tribunal Federal.

3. A sistemática de formação do Fundef impõe, para a definição de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, adequada delimitação da natureza cível ou criminal da matéria envolvida

4. A competência penal, uma vez presente o interesse da União, justifica a competência da Justiça Federal (art. 109, IV, CF/1988) não se restringindo ao aspecto econômico, podendo justificá-la questões de ordem moral. *In casu*, assume peculiar relevância o papel da União na manutenção e na fiscalização dos recursos do Fundef, por isso o seu interesse moral (político-social) em assegurar sua adequada destinação, o que atrai a competência da Justiça Federal, em caráter excepcional, para julgar os crimes praticados em detrimento dessas verbas e a atribuição do Ministério Público Federal para investigar os fatos e propor eventual ação penal.