

NUEVAS FORMAS DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL: LA LEGISLACIÓN DIVERGENTE EN EL FEDERALISMO ALEMÁN (*)

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPIÉRREZ

1. FINALIDAD Y CONTENIDO DE LA REFORMA DE 2006 EN EL ÁMBITO DE LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES Y MARCO: 1.1. *El ejercicio de las competencias concurrentes y marco por parte del Bund como progresivo factor de unitarización.* 1.2. *La reforma de la compartición competencial. Variantes actuales de la competencia concurrente.*—2. LA LEGISLACIÓN DIVERGENTE (ABWEICHUNGSGESETZGEBUNG): 2.1. *Antecedentes y proceso de elaboración.* 2.2. *La regla de lex posterior sin derogación de la previa como núcleo del funcionamiento de la legislación divergente. La relación 72.3/31 GG.* 2.3. *Legislación divergente en sentido formal y legislación divergente en sentido material. Contenido y límites de cada caso:* 2.3.1. *Introducción.* 2.3.2. *Legislación divergente en sentido formal.* 2.3.3. *Legislación divergente en sentido material.*—3. CUESTIONES CONCRETAS DEL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA: 3.1. *Tipo de fuente que ha de contener la normativa divergente.* 3.2. *Alcance de la divergencia: sustitución total y sustitución parcial, la sustitución negativa, las normas de mera reiteración.*—4. PROBLEMAS APUNTADOS: 4.1. *Inseguridad jurídica derivada de la excesiva variedad normativa y de la sustitución asimétrica de una norma del Bund.* 4.2. *Efecto «ping-pong».* 4.3. *Peligro para la equivalencia de las condiciones de vida.*—5. VENTAJAS ESPERABLES: 5.1. *Ganancia de los parlamentos de los Länder (principio democrático).* 5.2. *Consecución de una cierta asimetría y reversión (aunque sea parcial) del proceso tradicional de unitarización del federalismo alemán.* 5.3. *Lernende föderalismus.* 5.4. *Ventajas en relación con el Derecho comunitario.*—6. LA APLICACIÓN PRÁCTICA HASTA EL MOMENTO.—7. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

(*) Este artículo se encuadra en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación con referencia DER 2010-15778.

1. FINALIDAD Y CONTENIDO DE LA REFORMA DE 2006 EN EL ÁMBITO DE LAS COMPETENCIAS CONCURRENTES Y MARCO

1.1. *El ejercicio de las competencias concurrentes y marco por parte del Bund como progresivo factor de unitarización*

En los sistemas de distribución competencial, el recurso a formas de compartición de competencias ha sido con frecuencia una puerta abierta a la recuperación de éstas por parte de la Federación/Estado central en perjuicio de las entidades integrantes. El constante debate entre nosotros en torno a la regulación de las bases por parte del Estado, el frecuente recurso de éste a las normas infralegales o el grado de detalle en que con no menor frecuencia aquél incurre pone de manifiesto que nuestro sistema no es, lógicamente, una excepción a lo que acaba de decirse. Tampoco lo ha sido el alemán, y en ese caso por partida doble, habida cuenta de que hasta la reforma de 2006 la Constitución federal contenía tanto competencias marco, en las que se planteaba de modo constante el debate sobre la extensión y la densidad normativa del «marco» dictado por el Bund, como competencias en régimen de concurrencia perfecta, cuyo ejercicio era posible a los Länder sólo y en la medida en que el Bund no regulase la materia, momento a partir del cual las normas de los Länder eran desplazadas y el ámbito material iba siendo ocupado por el Bund hasta que, con el tiempo y las pertinentes regulaciones, éste acababa por tener como exclusiva una materia que, al principio, no había sido pensada bajo tal régimen (1).

Además, el Tribunal Constitucional federal se había negado tradicionalmente a controlar, como los Länder le pedían a través de las correspondientes impugnaciones, si el Bund había respetado o no las condiciones que debían darse para que pudiese dictar normas en los ámbitos correspondientes a las materias objeto de competencia concurrente o marco, por entender el Tribunal que el modo como el Bund considerase que se daban o no dichas condiciones no podía ser enjuiciado, pues se daba aquí un margen de apreciación política del Bund que no correspondía al Tribunal revisar. Ello dejaba al Bund las manos libres para dictar normas en estos ámbitos sin ningún límite o control posterior.

(1) Aparte de estas modalidades competenciales, en los artículos 91.a).2, 109.3 y 140 GG (por remisión en este último caso al artículo 138.1 de la Constitución de Weimar) se habilitaba al Bund para dictar «principios» en ciertas materias. Tras la reforma de 2006, las previsiones de los dos últimos preceptos se mantienen, respectivamente, en los artículos 109.4 y 140 GG.

La reforma constitucional de 1994 retocó el artículo 72.2 GG para restringir en parte su expansividad (2), introdujo en los artículos 72.3 y 125.A la posibilidad de que el Bund señalara ámbitos por él ocupados en los que entendiéndose que sus normas ya no serían necesarias en el futuro permitiendo así que los Länder dictaran normas propias (posibilidad que el Bund nunca ha utilizado) e introdujo expresamente en el artículo 93.1.2.A GG la justiciabilidad por parte del TCF del uso que hiciera el Bund de sus competencias concurrentes. En coherencia con ello, el cambio de tendencia en la jurisprudencia del Tribunal llegó finalmente en 2002 (3), plasmándose a partir de 2004 en anulaciones de normas federales por no respetar los presupuestos del artículo 72.

La situación comenzaba, pues, a variar, pero el Bund ya no pudo evitar que las quejas de los Länder por el papel jugado tradicionalmente por el artículo 72.2 GG en el proceso de unitarización que ha ido experimentando el federalismo alemán llevaran a abordar de nuevo esta cuestión en la reforma constitucional iniciada en 2003 y finalmente aprobada en 2006 (4).

(2) Antes de dicha reforma, el artículo 72.2 GG decía que en las materias objeto de competencia concurrente, la Federación podía dictar normas «1) Cuando un asunto no pudiese ser regulado satisfactoriamente por la legislación de los Länder. 2) Cuando la regulación de un asunto por Ley del Land pudiera afectar los intereses de otros Länder y los intereses generales. 3) Cuando lo requiera el mantenimiento de la unidad jurídica o económica, especialmente el mantenimiento de condiciones de vida uniformes más allá del territorio de un Land». La amplitud de los supuestos, especialmente del tercero, llevó al vaciamiento de las competencias de los Länder en los ámbitos de competencia concurrente y, por remisión del artículo 75.1, también en los propios de las competencias marco. Tras la reforma de 1994 el artículo 72.2 pasará a decir simplemente que «la Federación tiene el derecho de legislar siempre y cuando exista la necesidad de una regulación legislativa federal porque así lo requieran la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica en interés de la totalidad del Estado». Ya no se habla de la necesidad de mantener una uniformidad en las condiciones de vida sino de condiciones de vida equivalentes (pero no, por tanto, necesariamente uniformes) y se exige que exista la «necesidad» de dictar la correspondiente normativa. Lo más relevante, con todo, fue la citada introducción en el artículo 93.1.2.A GG de la expresa justiciabilidad del modo como el TCF ejercitase sus competencias al amparo del artículo 72.2 GG.

(3) Analicé este cambio jurisprudencial en CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. (2005): 289-324, donde puede encontrarse también la referencia a la doctrina alemana que se ocupó del estudio de esta evolución jurisprudencial.

(4) Sobre el proceso de reforma y sus resultados véase el excelente libro de ARROYO GIL (2009); para el aspecto competencial véanse en concreto las págs. 44 a 80. En la doctrina alemana, una buena síntesis de lo ocurrido en este ámbito puede verse también, entre otros muchos, en RENGELING (2006: 1537-1549).

1.2. *La reforma de la compartición competencial. Variantes actuales de la competencia concurrente*

La reforma eliminó las competencias marco, donde más que una compartición entre Bund y Länder lo que se daba era la exclusividad de aquél. En algunos casos otorgó las materias hasta entonces sometidas a tal régimen al Bund o a los Länder en régimen de exclusividad y, en la mayor parte de los supuestos, las integró en el listado de competencias concurrentes. Al mismo tiempo, la reforma modificó el régimen de los presupuestos que permiten al Bund dictar normas en las materias objeto de este último tipo de competencias, tanto por las quejas de los Länder a causa de la recentralización que, como se dijo, se había producido en el pasado, como porque la integración de nuevas materias (procedentes de la competencia marco) en el listado de concurrentes no hubiera hecho más que agravar el problema previo si al mismo tiempo no se hubiesen adoptado medidas de carácter compensatorio.

Precisamente, en opinión de Selmer (5), la introducción de la técnica de la legislación divergente fue el precio a pagar por el Bund por pasar las materias de la eliminada competencia marco al catálogo de las concurrentes. Pero antes de llegar a este resultado, durante la elaboración de la reforma constitucional se barajaron, además de esa técnica, otras fórmulas para intentar reequilibrar la posición de Bund y Länder y que, siguiendo a Haug (6), podemos enunciar del siguiente modo:

a) Concesión a los Länder de un derecho de acceso (*Zugriffsrecht*) en materias correspondientes a las competencias marco del artículo 75. Dicho derecho permitiría a los Länder, independientemente de que el Bund hubiera dictado normas antes o no, dictar su propia normativa con entera libertad y sin que después el Bund pudiera regular de nuevo dicho ámbito, que quedaría por ello en manos definitivamente de los Länder que hubiesen hecho uso de dicho «derecho de acceso». La cláusula de necesidad (*Erforderlichklausel*), por la que el Bund sólo podría dictar normas cuando se cumpliesen los requisitos del artículo 72.2, se mantenía.

b) Establecimiento de una cláusula abierta para regular la posibilidad de acceso de los Länder. En este segundo modelo, los Länder podrían dictar normas (también en materias objeto de competencia marco) pero sólo cuando el Bund se lo permitiese en atención al hecho de que concurrían especificidades

(5) *Vid.* SELMER (2009): 35.

(6) *Vid.* HAUG (2008): 852-853.

regionales que justificasen (a su juicio) la intervención normativa de los Länder. Excepción a ello sería que, no obstante concurrir dichas especificidades, persistiera la necesidad de una regulación federal para la mejor preservación del interés general. Fue una propuesta del diputado Steenblock que, como se ve, deja la decisión en manos del Bund y se basa, además, en una serie de presupuestos abiertos de difícil concreción. La cláusula de necesidad, en este modelo, era suprimida.

c) La legislación divergente de los Länder, impulsada por los diputados Stünken y Röttgen, y que, como se verá, se basa en la sucesión temporal de normas de manera que la ley posterior desplaza (pero no anula) a la anterior del otro ente. En el modelo inicial se suprimía también la cláusula de necesidad (no así en el finalmente adoptado, que la mantiene en determinados ámbitos).

La técnica finalmente adoptada fue la tercera, y su plasmación final arroja la existencia de diferentes variantes en la competencia concurrente del Bund (una vez que la competencia marco, por su parte, es suprimida) (7). Siguiendo a Gerstenberg, podemos distinguir entre:

a) Legislación en caso de necesidad (*Erforderlichkeitsgesetzgebung*): correspondiente a aquellas materias de competencia concurrente respecto de las cuales, para poder dictar normas, el Bund ha de seguir cumpliendo con los presupuestos que recoge el artículo 72.2 GG y que hacen que éste sólo pueda dictar normas si y en la medida en que ello sea necesario para la consecución de los fines que el precepto enumera (esto es, si el establecimiento de condiciones de vida equivalentes a lo largo del territorio federal o el mantenimiento de la unidad jurídica o económica peligran y hacen necesario que el Bund dicte normas en interés de la nación). Las materias sometidas a este régimen son las que enumera el artículo 74.1 GG en sus apartados 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 y 26.

b) Legislación de rango preferente (*Vorranggesetzgebung*): es el caso de las restantes materias, en las que el Bund ya no deberá acreditar la concurrencia de la necesidad mencionada y sobre las que, por tanto, podrá ir dictando normas sin límite hasta que, *de facto*, pase a ocupar toda la materia desplazando la normativa previa de los Länder (8) y convirtiendo de ese modo la materia en

(7) Sobre las diversas variantes pueden verse IPSEN (2009): 2803-2804; SELMER (2009): 34-35; BECK: 48-49, y GERSTENBERG (2009): 216.

(8) Se produce el denominado efecto bloqueo (*Sperrwirkung*) respecto de la previa normativa de los Länder. Para que éste tenga lugar, desde la reforma de 1994 se requiere que el Bund *haya hecho uso* de su competencia, no bastando como anteriormente con el mero inicio del procedimiento legislativo y siendo en cambio necesaria la aprobación de la norma. Por otro lado, el efecto

exclusiva suya (9). Esto es lo que había venido pasando tradicionalmente con todas las materias incluidas en la competencia concurrente (y marco) pese a que se exigiese al Bund acreditar la necesidad de dictar normas en los términos del artículo 72.2 (72.2.III antes de la reforma de 1994) ante la pasividad del TCF (sólo vencida, como ya se dijo, a partir de 2002).

c) Legislación divergente (*Abweichungsgesetzgebung*): dentro de algunas de las materias del supuesto anterior, materias no sometidas a límite inicial para el Bund (10), se crea, sin embargo, un mecanismo de recuperación de la competencia para los Länder: éstos podrán apartarse de la normativa del Bund dictando normas ulteriores. Afecta a los seis ámbitos materiales que enumera el artículo 72.3:

1. Caza (excepto la regulación de los permisos de caza).
2. Protección de la naturaleza y gestión del paisaje (excepto los principios generales que rigen la protección de la naturaleza, las normas sobre protección de las especies vegetales y animales o las normas de protección de la vida marina).
3. Distribución del suelo.
4. Ordenación del territorio.
5. Gestión de los recursos hidráulicos (excepto las normas relacionadas con materiales e instalaciones).
6. Admisión en instituciones de educación superior [universidades] y requisitos para la graduación en las mismas.

se producirá sobre aquella parte del ámbito material regulado por el Bund, es decir, éste no tiene por qué dictar una norma omnicompreensiva, sino que puede dejar aspectos o subámbitos sin regular, y respecto de estos seguirán rigiendo las normas de los Länder, ya que el Bund *no habrá hecho uso* de su competencia en cuanto a los mismos. Sobre ello, *vid.* GERSTENBERG (2009): 222-223.

(9) Cabe entonces preguntarse por qué no se han pasado estas materias directamente al listado de competencias exclusivas del Bund. La respuesta inmediata se halla en el hecho de que, de haber sido así, los Länder hubiesen quedado totalmente excluidos de la posibilidad de dictar normas, mientras que permaneciendo en el listado de concurrentes, éstos aún conservan alguna posibilidad de intervenir. Con todo, GERSTENBERG hace notar que incluso en el caso de haber sido convertidas en exclusivas, siempre quedaría la posibilidad de que el Bund, al dictar la ley correspondiente, decidiese remitir a los Länder la regulación de concretos aspectos, apelando así a la colaboración internormativa. Pero no es menos cierto, como la propia autora reconoce, que para que ello pudiera suceder haría falta una decisión expresa del Bund de efectuar la mencionada remisión. *Vid.* GERSTENBERG (2009): 239-240.

(10) No sometimiento a límite que resulta lógico en relación con la modalidad de la legislación divergente; como señala BECK, sería contradictorio exigir al Bund que acredite la necesidad de dictar una regulación federal porque ello es preciso para mantener la equivalencia de las condiciones de vida, y luego, pese a haberse acreditado esto, permitir la legislación divergente de los Länder. *Vid.* BECK (2008: 50).

Y junto a tales ámbitos, el artículo 84.1 establece que:

«Cuando los Länder ejecuten leyes federales por cuenta propia, pueden establecer las autoridades competentes y regular los procedimientos administrativos. Si las leyes federales disponen otra cosa, los Länder pueden dictar regulaciones divergentes. Si un Land ha aprobado una norma en tal sentido, las leyes federales subsiguientes que regulen la organización de las autoridades y su procedimiento administrativo no entrarán en vigor hasta al menos seis meses después de su promulgación, salvo que se disponga otra cosa con el consentimiento del Bundesrat. La tercera frase del apartado 2 del artículo 72 será de aplicación en consecuencia. En casos excepcionales, debido a la existencia de una especial necesidad para la uniformidad de la legislación federal, la Federación podrá regular el procedimiento administrativo sin posibilidad de normas divergentes de los Länder. Tales leyes requerirán el consentimiento del Bundesrat. Las normas federales no podrán imponer a los municipios o asociaciones de municipios ninguna tarea.»

Así pues, con la reforma de 2006, se llega a un intento de equilibrio que pasa por:

a) Dar carta de naturaleza a la situación anterior eliminando todo límite al Bund en una serie de materias. En éstas, ya no será preciso que aquél acredite que concurre la necesidad de salvaguardar determinados fines que demandan una normativa común. Así pues, en este sentido el Bund gana margen de maniobra, aunque lo cierto es que dicho margen ya se lo había tomado tradicionalmente, y disfrutó de él sin mayor problema hasta que el TCF consintió en comenzar a controlar realmente la actuación del Bund.

b) Mantener el tradicional límite para el resto, sobreentendiéndose que la actual fase de control efectivo por parte del TCF del cumplimiento de dicho límite por parte del Bund hará que el límite devenga real y no meramente retórico como durante décadas.

c) Crear, entre las materias no sometidas a límite para el Bund, un subgrupo de ellas respecto de las que se dota a los Länder de la posibilidad de apartarse de la normativa del Bund, a modo de compensación por la eliminación total del límite mencionado en buena parte de las materias (11).

(11) Subraya GRÜNEWALD (2011): 42, que en esta nueva técnica no deja de haber un elemento contradictorio, pues por una parte se dispone que una serie de materias las regule el Bund, y se eliminan incluso los límites que hasta entonces debía superar para poder regularlas, pero al mismo tiempo se permite que esas mismas materias las regulen luego los Länder.

Con ello se introduce en el federalismo alemán un elemento de experimentalidad, de modo que incluso algunos autores, como Michael (12), han llegado a hablar del paso de un Estado federal unitario fuertemente basado en la cooperación a un Estado federal experimental, que completa y en parte sustituye al modelo tradicional, e incluso a hablar de reconfiguración del Estado federal en Alemania. La introducción de esta nueva técnica (13) y de la correspondiente reformulación del modelo federal plantea, desde luego, numerosos interrogantes, y tanto es así que en opinión de Degenhart son más las preguntas que la reforma arroja que los problemas que resuelve (14). Analizaremos a continuación cuáles son aquéllas y qué clase de problemas puede contribuir a resolver, o cuando menos a amortiguar.

2. LA LEGISLACIÓN DIVERGENTE (*ABWEICHUNGSGESETZGEBUNG*)

2.1. *Antecedentes y proceso de elaboración*

Los precedentes de este tipo de competencia se remontan a la época de la elaboración de la Constitución de Weimar y a la propuesta que formulara Herrfarhdt, y reaparecen en nuevas propuestas en el marco de la comisión de reforma constitucional que el Bundestag creó en 1973 y en ulteriores comisiones, así como en propuestas de diversos Länder a partir de la década de 1990.

La enumeración de todas ellas, de sus similitudes y particularidades, nos apartaría en exceso del objeto de estas páginas (15). Baste decir que de todas las propuestas, la que más contribuyó a configurar el modelo actual fue la formulada en la comisión conjunta de reforma de la Constitución constituida a partir de 2003 entre el Bundestag y el Bundesrat, dos de cuyos miembros, Joachim Stünker (SPD) y Norbert Röttgen (CDU/CSU) pusieron sobre la mesa una propuesta de legislación divergente. De inmediato se puso de manifiesto el peligro

(12) *Vid.* MICHAEL (2006): 12.

(13) Que supone la aceptación de una suerte de doble competencia en los ámbitos afectados por la nueva previsión constitucional. *Vid.* sobre ello en detalle y en sentido crítico ARROYO GIL (2009): 64-68.

(14) *Vid.* DEGENHART (2010): 423.

(15) Pero pueden seguirse con detalle en BECK (2008): 23-47. Este autor también se detiene a examinar experiencias del Derecho comparado —en concreto, en Canadá y Austria— que guardarían relación con la legislación divergente introducida en Alemania con la reforma de 2006; *vid.* págs. 125-162. También examinan los diversos precedentes SCHULZE HARLING (2011): 21-77, y de modo más sintético GERSTENBERG (2009): 242-256, y DIETSCHKE/HINTERSEH (2006): 187-204.

de una constante sucesión de normas (lo que gráficamente vino a denominarse «efecto ping-pong»): el Bund dictaría una norma, los Länder se apartarían de ella dictando otra, el Bund podría volver de nuevo a dictar una nueva norma que dejase sin efecto las de aquéllos, y así sucesivamente. La intervención del Bundesrat en el proceso de aprobación de la Ley federal posterior a las de los Länder que se hubieran apartado de la primera del Bund tampoco sería suficiente para frenar la aprobación de aquélla y con ello el denominado «efecto ping-pong», pues el Bundesrat no tendría derecho a oponer un veto obstativo, sino sólo a dar su opinión.

Las propuestas para evitar una carrera de leyes entre Bund y Länder fueron diversas: en la propia comisión Wieland propuso que la legislación divergente de un Land sólo fuera posible cuando no fuera necesario el mantenimiento de condiciones de vida equivalentes, pero ello ponía *de facto* en manos del TCF todo este proceso, dada la constante litigiosidad que se generaría en torno a ese aspecto. En un sentido parecido, Steenblock propuso que fuera el Bund el que decidiera cuándo y cómo los Länder podrían apartarse para dictar normas propias, siempre que eso no perjudicara el mantenimiento de la equivalencia de las condiciones de vida.

Desde un punto de vista opuesto, varios Länder presentaron otra propuesta que incluía la reforma del artículo 31 GG para determinar que sólo en caso de que el Derecho del Land fuera derogado por el correspondiente Land, recobraría eficacia el del Bund; así pues, en caso de que el Bund modificara su normativa ello no afectaría a la primacía del Derecho del Land, que sólo decaería en caso de derogación de éste. No habría, pues, efecto ping-pong, pues el Bund no podría reaccionar después de que el Land dictara su legislación divergente. La propuesta no tuvo apenas defensores, y el Gobierno federal la criticó duramente.

Finalmente no hubo ningún consenso en la comisión, que cerró sus trabajos en diciembre de 2005, y fue en el grupo de trabajo sobre la reforma del federalismo puesto en marcha tras formarse la denominada Gran Coalición en el Gobierno federal, cuando al final se llegó a un modelo que introducía la posibilidad de divergencia pero sólo sobre materias concretas. En el proyecto de reforma de la Constitución que se presentó en marzo de 2006 se recogió este acuerdo con pocas variaciones, la más importante de las cuales consistió en recoger expresamente la regla de *lex posterior*.

2.2. *La regla de lex posterior sin derogación de la previa como núcleo del funcionamiento de la legislación divergente. La relación 72.3/31 GG*

Para Gerstenberg, el artículo 72.3 sería una excepción a la regla del artículo 31 GG. Si éste determina que el Derecho federal «rompe» (*bricht*) el Derecho de los Länder [lo que la doctrina ha interpretado en el sentido de que aquél deroga a éste, aunque el TCF no se haya pronunciado de un modo tan rotundo y se reserve la competencia de decidir caso por caso las consecuencias jurídicas de la aplicación de la regla (16)] el artículo 72.3, que indica que prevalecerá en cada momento la norma posterior, sea del Land o del Bund, se constituiría en *lex specialis* (17) y regularía un efecto completamente distinto, que inaplica pero no anula la Ley del Bund cuando el Land dicta la suya, y que permitiría que aquélla volviese a regir si éste derogase sin más su propia norma (18).

Así pues, la sustitución de una norma del Bund por otra divergente del Land determinaría meramente la inaplicación de aquélla en el Land correspondiente, y lo mismo (mera inaplicación) sucedería en las ulteriores fases de sustitución normativa si llegasen a darse. Valdría siempre la norma posterior en el tiempo, pero sin que se produjese la derogación de la norma previa (19); éste sería el núcleo del funcionamiento de la técnica de la legislación divergente, contra lo que hasta ahora había venido siendo propio de la relación entre normas del Bund y de los Länder.

2.3. *Legislación divergente en sentido formal y legislación divergente en sentido material. Contenido y límites de cada caso*

2.3.1. *Introducción*

Como ya se dijo, la técnica de la legislación divergente tiene su manifestación más evidente en el ámbito de algunas de las materias objeto de competencia concurrente, pero no se agota aquí: también se ha introducido esta posibilidad en el marco de la ejecución del Derecho del Bund por parte de los Länder, don-

(16) *Vid.* BVerfGE 36, 342 (esp. 365).

(17) En tal sentido, GERSTENBERG (2009): 268, y GRÜNEWALD, V. (2011): 43.

(18) En palabras de FRANZIUS, la norma del Bund queda suspendida en su aplicación. *Vid.* (2008): 492.

(19) Por ello BECK indica que más que ante la aplicación del principio de *lex posterior*, que debiera suponer la derogación de la norma previa, estamos ante un supuesto de *lex specialis* respecto de la regla del artículo 31 GG. *Vid.* BECK (2008): 78-79.

de se introducen igualmente, en los términos que se indicarán, posibilidades de divergencia por parte de éstos en relación con determinadas normas previas del Bund relativas a la regulación de qué autoridades deberán ejecutar sus normas y a través de qué procedimientos. Por ello la doctrina ha distinguido entre legislación divergente en sentido material (la primera, en relación con determinadas materias objeto de competencia concurrente) y legislación divergente en sentido formal (referida a la ejecución).

2.3.2. *Legislación divergente en sentido formal*

La introducción de la posibilidad de legislación divergente en sentido formal supone la reformulación del anterior esquema del artículo 84 GG, por el que en la ejecución por los Länder del Derecho del Bund correspondía a aquéllos decidir sobre las autoridades responsables de la ejecución, así como sobre el procedimiento administrativo, excepto que el Bund dispusiera por ley otra cosa y el Bundesrat diera su consentimiento a dicha ley.

Además, el consentimiento de éste, como recuerda Heitsch (20), fue extendido por el TCF (21) a toda la ley (teoría de la unidad) y ello aumentó exponencialmente la intervención del Bundesrat en el procedimiento legislativo federal. Con la reforma se fija un doble modelo: el existente hasta ahora (*Zustimmungsmodell*: modelo de consentimiento del Bundesrat) y el que permite la divergencia por parte de los Länder (*Abweichungsmodell*).

Así pues, por una parte, el Bund puede disponer la regulación de autoridades y procedimiento, pero los Länder pueden separarse sin más de ésta (*Abweichungsmodell*). El Bund a su vez puede volver a regular dicha cuestión [y su norma entrará en vigor a los seis meses salvo que el Bundesrat autorice acortar el plazo (22)], etc.

(20) *Vid.* HEITSCH (2009): 350.

(21) A partir de su sentencia 8, 274 (294 ss.).

(22) La entrada en vigor a los seis meses permite, por una parte, dar un cierto margen de maniobra a los Länder para dictar, si así lo deciden, una nueva norma propia, y, por otro lado, evita sucesivos cambios de régimen jurídico en breve tiempo, pues si los Länder fueran diligentes, aprobarían su norma antes de los citados seis meses y la norma del Bund no habría llegado a entrar en vigor en su territorio. *Vid.*, al respecto, GERSTENBERG (2009): 242. FRANZIUS, por su parte, critica que con ello se rompe la dinámica del principio de *lex posterior*, pues al fin y al cabo la Ley del Bund entrará en vigor tras la del Land y pese a ello no se aplicará. *Vid.* FRANZIUS (2008): 493. El mismo autor señala que con este plazo de carencia de 6 meses, la legislatura en el plano federal se ve *de facto* limitada. Por su parte, GRÜNEWALD (2011): 75, considera que el plazo es innecesario, y que resulta esencialmente un obstáculo.

Pero el *Zustimmungsmodell* no desaparece del todo sino que pervive como una opción posible para el Bund: con consentimiento del Bundesrat y si se acredita la concurrencia de circunstancias excepcionales (concretadas en la existencia de una especial necesidad de que haya una legislación federal uniforme) el Bund puede en su ley cerrar el paso a la legislación divergente futura de los Länder. Esta posibilidad sólo existe en el ámbito del procedimiento; no, en cambio, en materia de autoridades, en que al Bund sólo le queda negociar con los Länder si desea que exista una normativa homogénea a nivel federal, pero no puede imponerles nada.

Las normas sobre procedimiento abarcarían, siguiendo a Heitsch (23), la regulación sobre el tipo y modo de la intervención administrativa, incluyendo las formas de intervención, las reglas sobre la delimitación de competencias de cada administración, los derechos y deberes de los administrados, o la colaboración entre autoridades, en lo que supone un contenido ciertamente amplio para el indicado concepto de procedimiento.

En cualquier caso, como señala Gerstenberg (24), la clave en la posibilidad antes citada de impedir a los Länder que dicten legislación divergente en materia de procedimiento estará en la interpretación que se dé a la referencia constitucional a esas circunstancias excepcionales y a la especial necesidad, interpretación que necesariamente debiera ser restrictiva si se quiere ser coherente con el sentido de la previsión constitucional.

En la práctica, como recuerda Beck, cabe esperar que se darán los mismos problemas que se dieron con el artículo 72.2 y la cláusula de necesidad (25). Y probablemente así será: por más que se intenten establecer criterios (por ejemplo, para Heitsch (26) la exclusión podrá darse cuando la regulación sustantiva y la procedimental estén tan íntimamente unidas que aquélla no pueda ponerse en práctica adecuadamente si no se asegura una regulación procedimental de naturaleza federal) en la práctica resultará difícil determinar cuándo concurre la mencionada necesidad. Como mínimo, no obstante, el Bund tendrá que motivar su decisión, ésta tendrá que ser avalada por el Bundesrat (como compensación a los Länder por la pérdida que les supone la decisión del Bund) (27) y en cualquier caso se supone que aquella motivación podrá ser luego revisada por el

(23) *Vid.* HEITSCH (2009): 352.

(24) *Vid.* GERSTENBERG (2009): 286-287.

(25) *Vid.* BECK (2008): 110.

(26) *Idem* (2009): 352.

(27) HEITSCH aboga porque sólo estén necesitadas de consentimiento del Bundesrat aquellas normas que la Ley federal fije que no podrán ser desplazadas por los Länder; las demás, en tanto que éstos podrán separarse de ellas, no debieran necesitar consentimiento del Bundesrat, contra lo

TCF, aunque sea imaginable que éste sólo se decida a poner freno en los casos de exceso más evidentes.

Esta posibilidad de exclusión de la normativa de los Länder se verificó en el artículo 56 del Reglamento para la ejecución de la normativa comunitaria sobre cuotas lácteas, de 4 de marzo de 2008. Dicho precepto disponía que respecto de las disposiciones sobre procedimiento administrativo de los artículos 2.2, 3, 12.4, 13.3.I, 14.3, 16, 17.5, 19, 20, 24.4, 27, 28, 44 y 52 del citado reglamento, los Länder no podrán dictar normativa divergente. El Bundesrat dio su consentimiento a ello en su sesión de 15 de febrero de 2008.

2.3.3. *Legislación divergente en sentido material*

La posibilidad de legislación divergente en sentido material se produce, como se ha dicho, en relación con una serie de materias. Pero no en todos los casos podrán los Länder divergir sin límite, sino que en algunos de ellos hay submaterias en las que no cabrá esa opción de separarse (submaterias denominadas por la doctrina núcleos resistentes a la posibilidad de divergir o *abweichungsfesten Kerne*). Se introduce, así, un límite a las posibilidades de actuación de los Länder sustrayendo de su derecho a divergir ciertas cuestiones que se consideran especialmente relevantes y que pueden llegar a estar necesitadas de una legislación de ámbito federal (28).

La interpretación de dichos ámbitos excluidos, que en algunos casos están formulados de un modo un tanto vago, ha sido objeto de discusión en la doctrina. Para Heitsch (29), debe darse a la legislación divergente una interpretación restrictiva porque no deja de ser una excepción a la regla de preeminencia del Derecho federal en los ámbitos de competencia concurrente, y por ello mismo debe darse en cambio una interpretación amplia a aquellas excepciones que se fijan a la operatividad de la legislación divergente, es decir, a los subámbitos de las materias del artículo 72.3 exceptuados de la aplicación de dicha técnica.

que hasta ahora ha sido siempre tradicional en aplicación de la *Einheitstheorie* (teoría de la unidad) del TCF. *Vid.* HEITSCH (2009): 353.

(28) Que puedan estar necesitadas de dicha legislación no quiere decir necesariamente que acaben siendo reguladas por el Bund, dado que al fin y al cabo estamos en materias objeto de competencia concurrente que pueden ser reguladas por los Länder mientras el Bund no lo haga. Pero en la práctica la dinámica adoptada por éste de regular todo lo concurrente permite pensar que las submaterias excluidas de la legislación divergente de los Länder devendrán *de facto* exclusivas del Bund.

(29) *Vid.* HEITSCH (2009): 346-347.

La conclusión opuesta, sin embargo, es sostenida por Haug (30), para quien si el artículo 70 parte de la competencia general de los Länder salvo en aquellos casos en que los artículos posteriores reconozcan competencia al Bund, la posibilidad de la legislación divergente no haría sino volver al principio general, y donde la Constitución ha querido que ello no sea así (los ámbitos exceptuados) lo ha hecho constar, pero tales ámbitos han de ser tratados como excepciones que son, e interpretarse restrictivamente. También Degenhart (31) abona esta tesis al considerar que el artículo 72.3 trata a Bund y Länder en pie de igualdad y no es admisible una interpretación que restrinja las posibilidades que el precepto quiere dar a éstos. Como puede verse, partiendo de diferentes preceptos constitucionales se puede sostener una conclusión diametralmente opuesta, pero ciertamente la que aboga por una interpretación restrictiva aporta mejores argumentos, puesto que por otra parte resultaría contradictorio con la voluntad del constituyente que una interpretación amplia de las excepciones acabase por relegar la regla a la práctica inoperatividad.

En materia de protección de la naturaleza, están fuera de la posibilidad de divergir los principios generales de aquélla, así como la regulación de la protección de las especies animales y vegetales y de la protección del medio marino (32). En relación con el primer aspecto, debemos preguntarnos qué alcance tienen tales principios. Heitsch, tras subrayar la dificultad de inferirlos de la legislación federal actual, opina que deben referirse a aquellos principios que de manera conjunta y para el ámbito federal aseguren la protección de la naturaleza, incluyendo la preservación de la diversidad biológica y el aseguramiento de la capacidad de funcionamiento del ecosistema. No abarcarían, en cambio, a aquellas normas específicas que se refieren a ámbitos concretos de la protección de la naturaleza, a especificidades locales, etc. (33); según Degenhart (34), tampoco a la planificación territorial del Land, o a la colaboración entre asociaciones de defensa de la naturaleza (35). Pero es evidente que resulta difícil, como entre nosotros al hablar de bases, determinar *a priori* el alcance

(30) *Vid.* HAUG (2008): 855.

(31) *Vid.* DEGENHART (2010): 426.

(32) En estas dos últimas submaterias la exclusión es total, y no meramente limitada a los principios generales como en la primera.

(33) *Vid.* HEITSCH (2009): 346-347. Subrayando igualmente dicha dificultad *vid.* GERSTENBERG (2009): 265. La autora considera que el nivel de concreción y autolimitación por parte del Bund debiera ser incluso mayor que en el caso de la anterior competencia para dictar la legislación marco.

(34) *Vid.* DEGENHART (2010): 426.

(35) Para una mayor profundización en el alcance del ámbito excluido de la legislación divergente en materia de protección de la naturaleza *vid.* BECKER (2010): 756-757.

de tales principios, y que la cuestión acabará terminando en manos del Tribunal Constitucional.

En materia de ordenación del territorio, el 72.3 nada dice de que haya un subámbito excluido de la legislación divergente, pero la doctrina había afirmado una competencia del Bund derivada de la naturaleza de las cosas (*Natur der Sache*). Para Heitsch (36) ello sólo sería posible en la medida en que se demostrase la necesidad de regular algo en el ámbito de la ordenación territorial que únicamente admitiese una regulación de carácter federal. Battis y Kersten (37) entienden que tal circunstancia se da en la regulación de los principios generales de la ordenación territorial y en la regulación de los planes de ámbito superior al de un Land, así como en la coordinación de la planificación en tal ámbito supraterritorial, por ejemplo. Pero lo cierto es que la Constitución, que en otras materias afectadas por la posibilidad de legislación divergente establece, como hemos visto, excepciones a ésta, aquí no lo hace, por lo que siguiendo a Hoppe (38) y a Kotulla (39) debe reconocerse que la afirmación de una competencia tal es debatible, y sólo puede hacerse prescindiendo del tenor literal de la norma constitucional (40). Naturalmente ello no es inviable, pues también pueden tomarse en consideración otros preceptos constitucionales cuya interpretación sistemática con el artículo 72.3 lleve a poder afirmar la existencia de un subámbito excluido, pero una vez más deberá ser el TCF quien establezca en su momento si considera factible dicha posibilidad.

En cuanto a las exclusiones en materia de gestión de recursos hidrológicos, referidas a normas sobre materiales e instalaciones, se discute si abarca a las normas sobre calidad del agua. Lo excluye Heitsch (41), mientras que se decantan por la respuesta afirmativa Kotulla (42) y —siguiendo a éste— Gerstenberg (43), que hace una interpretación extensiva del término *Stoff*, que significa tanto material como sustancia; respecto de estas últimas, siguiendo esta línea interpretativa el Bund podría regular también el uso de las sustancias que pudie-

(36) Vid. HEITSCH (2009): 347.

(37) Vid. BATTIS y KERSTEN (2007): 159.

(38) Vid. HOPPE (2007): 151.

(39) Vid. KOTULLA (2007): 494-495.

(40) HOPPE llega a hablar de «debacle» para la planificación territorial a consecuencia de su nueva configuración competencial, en principio sin ámbitos excluidos de la legislación divergente, tras la reforma del federalismo, y aboga por una nueva reforma que varíe el régimen en que ha quedado esta materia. Vid. HOPPE (2010): 152.

(41) HEITSCH (2009): 348.

(42) KOTULLA (2007): 493-494.

(43) GERSTENBERG (2009): 266.

ran afectar a la calidad del agua, y disponer estándares mínimos de calidad, sin que los Länder pudieran apartarse de dicha normativa (44).

Pocas dudas se dan en cambio en materia de caza, en que la exclusión se refiere exclusivamente a la concesión, denegación y privación del permiso de caza, o en materia de universidades, en que está vetada a la legislación divergente de los Länder la regulación de la admisión así como la de los requisitos para la obtención del título (45).

En definitiva, el Bund intentará en un primer momento determinar el alcance exacto de los subámbitos excluidos de la legislación divergente, como ya ha hecho, por ejemplo, en su Ley federal de protección de la naturaleza de 29 de julio de 2009, que intenta concretar los principios generales que según el artículo 72.3 quedan excluidos en esa materia de la posibilidad de dictar legislación divergente, pero tendrá que ser el TCF quien, al final, acabe resolviendo los conflictos que se den entre Bund y Länder por la determinación que aquél haga, y fije con carácter definitivo el alcance de cada subámbito.

3. CUESTIONES CONCRETAS DEL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA

3.1. *Tipo de fuente que ha de contener la normativa divergente*

Una primera cuestión a considerar radica en saber si la normativa divergente ha de contenerse en ley o si por el contrario sería suficiente el uso de reglamentos por parte de los Länder. En este punto la doctrina se decanta mayoritariamente por la primera opción, pero sin descartar en algunos casos el recurso al reglamento.

Así, para Gerstenberg (46) la norma divergente ha de ser necesariamente una ley (47), que identifique claramente de qué normas del Bund se aparta, y esto último no porque lo exija la GG sino en aras de una mínima seguridad jurídica (48).

(44) Es también de interés sobre todo ello el análisis de REINHARDT (2010): 488 y sigs., y el de BECKER (2010): 758-759.

(45) Sobre qué aspectos podría abarcar la legislación divergente en este ámbito (organización de los centros, régimen del profesorado, etc.), *vid.* MÜNCH (2006): esp. 174-176.

(46) *Vid.* GERSTENBERG (2009): 260.

(47) En el mismo sentido se pronuncian HAUG (2008): 854 y FRANZIUS (2008): 495.

(48) Sobre el carácter no exigible pero sí conveniente de dicha identificación véase DEGENHART (2010): 424 y REINHARDT (2010): 484. Con más detalle, SCHULZE HARLING (2011): 117-122. En la práctica las normas de los Länder suelen indicarlo, y el Ministerio de Justicia, en colaboración con éstos, en la base de datos *Juris* (www.gesetze-im-internet.de) señala a pie de

Beck (49), por su parte, hace notar que, ciertamente, el artículo 72.3.1 habla de que el Bund haya ejercido su competencia mediante ley, pero al mismo tiempo subraya que no siempre que la Constitución alemana habla de ley lo hace en el sentido de ley formal. Habla literalmente de ley formal en el artículo 104.1 (50), pero precisamente por ello el autor deduce que no sería necesario añadir en ese precepto el adjetivo «formal» si en el resto de la Constitución el término *Gesetz* fuera siempre equivalente a ley formal. Que eso no es siempre así se muestra, por ejemplo, en el artículo 83 GG, en que no hay discusión acerca de que *Gesetz* no equivale a ley formal cuando se dice que «Los Länder pueden ejecutar leyes federales [...]». En la práctica, no sólo ejecutan leyes, sino también reglamentos federales de desarrollo de aquéllas.

Así pues, podría llegarse a una interpretación que, prefiriendo la ley, no cerrase absolutamente el paso al reglamento: el TCF había exigido ley en el caso de las competencias concurrentes, y el actual artículo 72, señala igualmente Beck, no aporta ningún indicio que permita pensar que se ha querido abandonar este entendimiento. Tanto en el artículo 72.1 (referido al Bund) como en el artículo 72.3 (relativo a los Länder) y en general en los artículos 70 al 74, *Gesetz* sería equivalente a ley formal (51). Pero todo ello no excluiría que la ley pudiera llamar luego al reglamento para completarla, de manera que éste, bajo los parámetros que la ley le marcara, prosiguiera en la labor de dictar normativa divergente.

La crítica que se formula a esta interpretación es la de que resultaría contradictoria con uno de los sentidos de la reforma (fortalecer a los parlamentos de los Länder frente a los ejecutivos) (52). Lo cierto es que por el momento, como se verá más adelante, los Länder se están apartando de la normativa del Bund casi invariablemente mediante leyes (53). Con todo, es pronto para determinar si esto seguirá siendo así o si el reglamento se irá abriendo progresivamente paso, aprovechando que, como se ha visto, la regulación constitucional no ofrece una respuesta expresa o concluyente y el término *Gesetz* (ley) no tiene en ella un sentido unívoco y excluyente.

página todos los supuestos en que una norma federal es objeto de legislación divergente por parte de un Land.

(49) *Vid.* BECK (2008): 54-56.

(50) «Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes [...] beschränkt werden.» (La libertad de la persona sólo puede ser limitada mediante una ley formal.)

(51) En cuanto a los Länder, Beck indica que también valdrían las Constituciones de los Länder para apartarse pues también son leyes formales en este sentido. *Vid.* BECK (2008): 55.

(52) En tal sentido *vid.* SCHULZE HARLING (2011): 115-116.

(53) Excepción a ello lo es, como se verá más adelante, el reglamento de ejecución de la Ley federal de energías renovables dictado por el gobierno de Bremen el 21 de diciembre de 2010.

3.2. *Alcance de la divergencia: sustitución total y sustitución parcial, la sustitución negativa, las normas de mera reiteración*

No sólo sobre el tipo de norma en que se contenga la divergencia sino también sobre el alcance de ésta pueden plantearse problemas derivados de la parquedad de la regulación constitucional. El primero de ellos es el de determinar si la divergencia de los Länder debe abarcar a toda la norma del Bund, si debe ser una divergencia meramente parcial o puntual, o si los Länder pueden optar libremente por cualquiera de dichas posibilidades.

Había sostenido Meyer (54) que los Länder sólo podían apartarse de aspectos concretos de la normativa federal, pero tal conclusión se deriva de una interpretación muy rigorista de la GG. Como Häde señala (55), es cierto que ésta distingue entre *Ersetzen* (reemplazar, sustituir) término usado en el artículo 72.4 y en el 125.A.1.2 y *Abweichen* (divergir, desviarse, apartarse) (56), pero ello no impide interpretar este último término como comprensivo también, en el punto extremo, de la posibilidad de sustitución total (*Ersetzung*). Los documentos preparatorios de la reforma de 2006 en el Bundestag hablan bien a las claras de que se quiso dotar a los Länder de la posibilidad de poner en práctica sus propias concepciones en las materias afectadas por la legislación divergente, lo que difícilmente podría hacerse a base de cambios puntuales, por más que puedan, si lo desean, optar por esta posibilidad (57).

Es mayoritaria, pues, la doctrina que acepta como plenamente factible la sustitución total: el Bund dicta una ley, que serviría de «ley modelo», y cada uno de los Länder decide si le va bien o si aprueba una propia (58). Por tanto,

(54) *Vid.* MEYER (2008): 170.

(55) *Vid.* HADE (2009): 7.

(56) La diferencia entre ambos mecanismos la establece HAUG en que en el caso de la legislación divergente la norma previa no es expulsada del ordenamiento, sino que permanece desplazada, y podría volver a ser aplicada en el caso de que la posterior resultase derogada. En el caso de la sustitución, esto no ocurriría, pues la sustituida habría ya dejado de existir completamente. *Vid.* HAUG (2008): 854.

(57) Lo que plantea otro problema de interés, y es el de que en el caso de que el Land decida regular sólo cuestiones concretas respecto de la previa regulación del Bund, el resto de ésta permanecerá en vigor, y será necesario, pues, que el legislador del Land se asegure de que la suma formada por la parte de la norma federal aún en vigor y los «fragmentos» de regulación por él creados formen un todo coherente en el que no se generen contradicciones. Sobre ello *vid.* GERSTENBERG (2009): 267.

(58) *Vid.* al respecto HAUG (2008): 853, HÄDE (2009): 6, y la doctrina citada por este último. Pero ni siquiera es preciso que el Bund regule antes la materia si no lo ha hecho ya. Incluso podría ocurrir que el Bund hubiese renunciado conscientemente a dar regulación a un determinado aspec-

los Länder pueden apartarse en todo o en parte de la norma federal siempre que tengan reconocido su derecho a dictar legislación divergente.

En cuanto a la admisibilidad de una norma meramente «negativa», es decir, que no regule un determinado ámbito sino que se limite a decir que una Ley del Bund no será en lo sucesivo aplicable (en todo o en parte) en el Land, Gerstenberg (59) y Haug (60), la consideran plenamente factible, como una variante más de la legislación divergente, que permitiría a los Länder mostrar una concepción propia en torno a la regulación de una determinada cuestión, pues tal concepción también puede pasar por decidir que no esté regulada (61) o que deje de estarlo de un determinado modo (62). En idéntico sentido, Beck (63) estima que el artículo 72.3 no habla de haber hecho uso de la competencia como sí hace el artículo 72.1 (en cuyo caso se podría discutir si dictar una mera norma negativa supone realmente «hacer uso» de la competencia) sino de dictar una norma divergente (*abweichender Regelungen treffen*), lo que a su juicio se cumpliría con una norma negativa, que califica de instrumento de desregularización.

Por el contrario, Franzius (64) y Degenhart (65) interpretan que, dado que el artículo habla de regulación (*Regelung*), ello impediría una norma puramente negativa. Pero lo cierto es que no alcanza a verse por qué una norma de dichas características no pueda considerarse también una regulación, que expresa claramente una determinada opción legislativa por eliminar una determinada regulación previa así como, por ejemplo, los límites o cargas que la misma pudiera imponer a sus destinatarios, y en la práctica ya se han dado casos de este tipo: así, el artículo 7.1 de la Ley de protección de la naturaleza de Niedersachsen se limita a disponer que «El artículo 17.3 de la Ley federal de protección de la naturaleza no tendrá ninguna aplicación».

to, lo que no impediría que un Land decidiera regularlo apartándose de esa decisión del Bund y estableciendo una concepción determinada de cómo ha de regularse dicho aspecto. *Vid.* sobre ello GERSTENBERG (2009): 262.

(59) *Vid.* GERSTENBERG (2009): 261.

(60) *Vid.* HAUG (2008): 853.

(61) La autora no considera que exista un peligro de desregulación generalizada, derivada de un excesivo uso de este tipo de normas «negativas», por cuanto de la Constitución, del Derecho comunitario y de los tratados internacionales suscritos por Alemania se derivará la obligación de legislar en muchos ámbitos y la correspondiente imposibilidad de una desregulación total (2009, 262).

(62) En tal sentido *vid.* también REINHARDT (2010): 485.

(63) *Vid.* BECK (2008): 60-61.

(64) *Vid.* FRANZIUS (2008): 494.

(65) *Vid.* DEGENHART (2010): 426.

Otro problema lo plantean las normas de mera reiteración, es decir, aquellas normas del Land que se limiten a copiar exactamente la norma del Bund de la que se quiere divergir. Es cierto que podría defenderse que mediante esta norma el Land, aunque no añada nada a la regulación preexistente, recupera formalmente un ámbito competencial. Pero aquí en realidad no hay divergencia alguna con la previa normativa del Bund, ni es defendible que el Land haya querido establecer su propia concepción acerca de cómo debiera regularse un ámbito. Una hipotética y ulterior intervención del Bund reiterando su norma inicial no haría más que prolongar el sinsentido (66). Parece, pues, que la mera reiteración de la previa norma del Bund no sería una hipótesis aceptable de legislación *divergente*.

4. PROBLEMAS APUNTADOS

4.1. *Inseguridad jurídica derivada de la excesiva variedad normativa y de la sustitución asimétrica de una norma del Bund*

La introducción de esta nueva técnica competencial llevó desde el primer momento a la doctrina a considerar las ventajas y los inconvenientes esperables. Entre estos últimos, uno de los más barajados ha sido el que apunta al hecho de que la legislación divergente, de ser utilizada con frecuencia y por la mayor parte de los Länder, podría llevar a una excesiva variedad normativa e incluso a que una misma norma estuviese en vigor con un alcance diferente en función del Land (por efecto de una sustitución de aquella desigual o asimétrica de un Land a otro) (67), todo lo cual iría en detrimento de la seguridad jurídica.

El pronóstico, sin embargo, resulta discutible. Por una parte, y como recuerda Haug (68) el hecho de que la nueva técnica se limite a unas pocas materias ya hará que los posibles problemas sean en la práctica de limitado alcance. Por lo demás, la variedad normativa es consustancial al federalismo y no hay que olvidar que ya existía, como indica Mammen (69), algún precedente en vigor: la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa contenía en su artículo 68.1

(66) Sobre todo ello *vid.* GERSTENBERG (2009): 262.

(67) Los autores hablan gráficamente de un efecto *Flichenteppich*, término que designa a una alfombra hecha de retales diversos, para aludir al hecho de que en cada Land la regulación de una misma materia estaría compuesta de normas del Bund en cada caso con diferente alcance y de normas de los Länder que vendrían a sustituir, en cada Land de modo diverso, a partes de la normativa federal.

(68) *Vid.* HAUG (2008): 856.

(69) *Vid.* MAMMEN (2006): 379.

ya antes de la reforma constitucional la posibilidad de que los Länder dictaran si así lo deseaban una regulación diferente a la contenida en el precepto, posibilidad que fue aprovechada únicamente por Niedersachsen y que nunca se consideró que pudiera causar perjuicio práctico alguno a la seguridad jurídica.

Pero es que además, en el pasado, cuando los Länder han desarrollado sus propias competencias exclusivas han recurrido con frecuencia a la cooperación y la auto coordinación (70), y no se ha dado en consecuencia una diversidad normativa importante. Schulze Harling (71) pone el ejemplo de la normativa sobre la protección de los no fumadores, semejante en todos los Länder, o de la reforma de la ejecución en el proceso de menores, que nueve Länder han regulado sobre unas bases comunes previamente acordadas. Por consiguiente, el peligro de que ahora, en las materias objeto de legislación divergente, se proceda de modo absolutamente opuesto no tiene por el momento una base cierta. De hecho existe incluso el peligro de que, si los Länder optan por ponerse de acuerdo con carácter general, se llegue a la paradoja de que un instrumento que debía servir para introducir una cierta variedad normativa en el marco de un federalismo más competitivo, acabe funcionando como un elemento de unitarización (72), por más que ésta sea voluntaria.

4.2. Efecto «ping-pong»

La posibilidad de que en los ámbitos afectados por la legislación divergente las normas federales y las de los Länder se sucedieran una y otra vez en una especie de espiral sin fin fue puesta de manifiesto ya durante los debates de la propia comisión de reforma de la Constitución. La doctrina, sin embargo, es en su mayoría reticente a pensar que un peligro tal pueda darse, y con frecuencia ha sido calificado de peligro aparente o meramente teórico (73). Incluso se aduce que la lealtad federal debiera impedir una especie de carrera entre Bund y Länder por sustituir continuamente la norma del otro (74).

Por otra parte, subraya Heitsch (75) cómo para el Bund el hecho de que un Land se aparte de su norma no deja de representar una cierta derrota política.

(70) Sobre ello véase GRÜNEWALD (2011): 58-59.

(71) *Vid.* SCHULZE HARLING (2011): 235.

(72) Pone de manifiesto este peligro SCHULZE HARLING (2011): 237.

(73) *Vid.* KLEIN/SCHNEIDER (2006): 1553, SCHULZE HARLING (2011): 234 y GRÜNEWALD (2011): 61-63.

(74) Tal es la opinión de MAMMEN (2006): 378 y de BECK (2008): 95.

(75) *Vid.* HEITSCH (2009): 349-350.

Por ello cabría esperar que, en el proceso legislativo federal, el Bund sea más receptivo a las demandas de los Länder a fin de hacer una Ley federal de la que éstos no necesiten apartarse, reduciéndose así la posible espiral normativa (76).

De momento, la experiencia de estos cinco años de aplicación de la técnica, como se verá más adelante, parece dar la razón a quienes sostienen estas tesis que relativizan el alcance del posible problema.

4.3. *Peligro para la equivalencia de las condiciones de vida*

Este concepto, que sustituyó en el artículo 72 GG al de uniformidad de las condiciones de vida en 1994, estaba orientado a permitir una cierta variedad en el ámbito de las competencias concurrentes (de modo que el Bund no estuviera apoderado para establecer una completa uniformidad) pero al mismo tiempo pretendía garantizar una homogeneidad mínima a nivel federal en dicho ámbito. La pregunta que ahora surge es la de si en las materias objeto de competencia concurrente en las que se permite la legislación divergente pudiera desaparecer toda homogeneidad mínima, toda equivalencia de las condiciones de vida. Selmer (77), por ejemplo, apunta al ámbito de la educación superior universitaria como caso paradigmático en el que dicha equivalencia, que considera necesaria por estar en juego un derecho social como es el relativo a la educación, pudiera estar en peligro.

Pero de todos modos, el concepto de la equivalencia de las condiciones de vida es un requisito que el Bund ha de acreditar que es necesario salvaguardar a la hora de dictar determinadas normas en el ámbito de las competencias concurrentes, y no una meta obligada de carácter general o que sea aplicable a todas las técnicas competenciales. Lo que no quita, no obstante, que el artículo 28 GG establezca que el orden constitucional de los Länder debe adecuarse entre otros al principio de Estado social, y que el artículo 20.1 GG defina Alemania como un Estado social. Todo ello impediría que, a través de la legislación divergente, se dismantelara en un sector concreto el Estado social, y ello sin contar además con el hecho de que otros preceptos de la GG (91A 91B, 104B, 106 III 4, 107 II) contribuyen también a fundamentar la relevancia constitucional de esa equivalencia (78). En definitiva: hay libertad para los Länder para hacer uso de su legislación divergente, pero sin perder de vista el principio de Estado social.

(76) En tal sentido se pronuncia igualmente GRÜNEWALD (2011): 71.

(77) *Vid.* SELMER (2009): 38.

(78) *Vid.* SELMER (2009): 40.

No parece, pues, que la técnica de la legislación divergente pueda constituir un riesgo para éste por cuanto otros preceptos constitucionales evitarían un resultado tal.

No obstante, cabe hacer una reflexión más de fondo siguiendo a Haug (79): el problema real radica en la cantidad de Länder existentes y en sus condiciones (población, extensión, capacidad económica, etc.) absolutamente dispares. Una reducción de la heterogeneidad de las condiciones de vida vendría a juicio de este autor más de la mano de una reordenación territorial a partir de una reforma constitucional que del uso de unas técnicas competenciales u otras, por más que dicho uso pueda desde luego incidir sobre la equivalencia de tales condiciones de vida a nivel federal. Pero en lo sustancial, el grado de homogeneidad o heterogeneidad no lo establece la legislación divergente, sino que deriva más bien de cuestiones más estructurales.

5. VENTAJAS ESPERABLES

5.1. *Ganancia de los parlamentos de los Länder (principio democrático)*

Recuerda Haug (80) cómo Roman Herzog había llegado a hablar del establecimiento en el sistema competencial de una «autopista de una sola dirección» por la que las competencias de los Länder acababan viajando hacia el otro extremo y convirtiéndose en competencias del Bund, mas no a la inversa. Además, las posibilidades de intervención de los Länder en el Bundesrat beneficiaban en todo caso a sus gobiernos, pero no a sus parlamentos. La introducción de la técnica de la legislación divergente puede paliar (aunque ciertamente sólo en ámbitos específicos) esa dinámica, al dar a estos últimos, los parlamentos de los Länder, un instrumento de actuación relevante. Como señala Beck (81), ello no quita, naturalmente, que pueda seguir habiendo un espacio de cooperación entre Bund y Länder incluso en estos ámbitos de la legislación divergente, y que estos puedan usar esta posibilidad sólo cuando vean que no hay perspectivas de negociación con el Bund. Pero al menos tendrán la opción de impulsar en sus propios parlamentos normas propias en tales casos.

(79) *Vid.* HAUG (2008): 856-857.

(80) *Idem*, 856.

(81) *Vid.* BECK (2008): 165 y sigs.

5.2. *Consecución de una cierta asimetría y reversión (aunque sea parcial) del proceso tradicional de unitarización del federalismo alemán*

La introducción de la legislación divergente supone ciertamente la apertura de una vía de asimetría *de iure* en el federalismo alemán; una especie de *opting out* de los Länder en ciertas materias (82). Ello puede contribuir, evidentemente, a mitigar el proceso de unitarización del federalismo alemán (siempre y cuando, naturalmente, los Länder dicten normas diferentes entre sí; como ya se ha dicho y señala Beck (83), si todos dictaran normas de idéntico contenido, la asimetría no sería tal).

Con todo, también se han subrayado los riesgos potenciales. Para Stock (84), se podría dar lugar a dos clases de federalismos. También Franzius y Heitsch (85) formulan la hipótesis de que sólo los Länder con capacidad técnica, infraestructura organizativa, suficiente personal especializado, o incluso capacidad financiera, vayan elaborando su propia normativa divergente mientras que el resto podrían conformarse con las normas del Bund (86).

Pero en definitiva, ello sería producto de la voluntad de unos y otros, y un Land puede decidir libremente mantener la norma del Bund y, más adelante, dictar una norma propia a la vista de la experiencia de otros Länder, incluso inspirándose literalmente en el contenido de la norma de otro Land, y cabrá igualmente como se dijo la colaboración entre Länder para la elaboración de una norma divergente común, pero que luego cada uno de ellos pueda aprobar con las necesarias peculiaridades o adaptaciones, etc. En cualquier caso los Länder mantienen su libertad para tomar una u otra opción o variarla en el tiempo según quieran y, por ello, la crítica relativa al federalismo de dos clases posee una base débil (87).

(82) En tal sentido, EPPLER, (2006): 186.

(83) *Vid.* BECK (2008): 185.

(84) *Vid.* STOCK (2006): 239.

(85) *Vid.* FRANZIUS (2008): 494 y HEITSCH (2009): 349-350.

(86) Lo que para GRÜNEWALD (2011): 72, es al mismo tiempo un argumento que permite disipar los temores expresados por una parte de la doctrina en relación con un posible uso excesivo de esta técnica competencial.

(87) Subrayando la libertad de los Länder para ubicarse en cada momento en una posición u otra véase también GRÜNEWALD (2011): 45.

5.3. Lernende föderalismus

La doctrina ha subrayado que la técnica de la legislación divergente abre la puerta a un federalismo de aprendizaje (*Lernende föderalismus*) (88) en el que cada Land intente dictar la mejor regulación aprendiendo de los fallos ajenos y atendiendo a sus propias necesidades y particularidades. No falta, sin embargo, quien advierte de que la competencia entre Länder por hallar la mejor legislación pudiera convertirse en campos como la protección de la naturaleza en una tentación para practicar dumping, disminuyendo un Land el grado de exigencia o protección respecto del existente en otros Länder (89). En cualquier caso, ese riesgo no es ilimitado: el derecho a divergir de los Länder no es siempre absoluto (en materia de medio ambiente, por ejemplo, no alcanza a los principios generales) y siempre deberá respetar los derechos fundamentales proclamados en la Constitución federal así como la abundante normativa comunitaria (90). Además, como se verá en el próximo apartado, igual que es posible que de la legislación divergente surja una diversidad normativa sustancial, también es posible que Bund y Länder cooperen a fin de que aquél dicte normas de las que los Länder sólo tengan que divergir en concretos detalles porque estén de acuerdo con lo demás.

5.4. Ventajas en relación con el Derecho comunitario

La ejecución del Derecho comunitario produce en Alemania parecidos problemas prácticos que en España en aquellos ámbitos en que los Länder ostentan competencias y, con ello, la pretensión legítima de intervenir en dicha ejecución sin que el Bund se adelante a llevarla a cabo en su integridad. En este ámbito puede incidir también la nueva técnica reformulando la posición hasta ahora existente de unos y otros en algunos casos: señala Häde (91) cómo, por ejemplo, en áreas relevantes como el medio ambiente, la introducción de

(88) *Vid.*, entre otros, BECK (2010): 209, STOCK (2006): 238 o FRANZIUS (2008): 499. GRÜNEWALD (2011): 47, se refiere a la aplicación al federalismo del método de ensayo y error, que redundará en el interés común de Bund y Länder tanto cuanto se encuentren soluciones exitosas como incluso cuando se vea que la vía seguida por un Land no ha resultado fructífera y debe ser por ello evitada por los demás.

(89) *Vid.* STOCK (2006): 240-244.

(90) En tal sentido, FRENZ (2006): 747.

(91) *Vid.* HADE (2009): 6.

la legislación divergente permitirá al Bund actuar sin sujeción a la cláusula de necesidad (*Erforderlichklausel*) y con ello proceder a una ejecución rápida, y luego los Länder podrán elegir si apartarse o no, respetando siempre los estándares marcados por el Derecho comunitario (92). Con ello se refuerza, para Grünewald, la adecuación de la Constitución alemana a la integración comunitaria (93). La combinación entre la eliminación en determinados casos de la cláusula de necesidad y la compensación que inmediatamente viene de la mano de la legislación divergente reordena el momento y el modo como Bund y Länder pueden entrar en juego en la ejecución de la normativa comunitaria en los ámbitos afectados.

Para Häde, la virtualidad aquí de la legislación divergente estaría en que los Länder puedan elegir si quedarse con la normativa del Bund, en el caso de que ésta sea más exigente que los estándares marcados por la normativa comunitaria, o bien separarse de ella para volver a bajar los estándares federales (siempre, hay que insistir, sin quedarse por debajo de los estándares mínimos marcados por el Derecho comunitario). Pero naturalmente cabe preguntarse si los Länder no pueden llevar a cabo la opción opuesta: apartarse para elevar aún más los estándares de protección del medio ambiente fijados por el Bund, que además no tienen por qué ser siempre más elevados que los de la UE, sino que pueden ser idénticos.

Además, se puede evitar un riesgo que podía darse antes en ciertos casos si el Bund actuaba correctamente dentro de sus límites competenciales: en el caso de las materias objeto de competencia marco, el Bund debía limitarse a efectuar la transposición de la normativa comunitaria de modo no completo sino estableciendo un marco coherente con su propia competencia, y dejar a los Länder que completasen el proceso de transposición. Como señalan Mammen (94) y Haug (95), si los Länder no llevaban a cabo su parte del trabajo en el plazo fijado por la norma comunitaria, recaían lógicamente las correspondientes sanciones por incumplimiento. Ahora el Bund podrá llevar a cabo desde el primer momento la ejecución completa, pero los Länder que lo deseen podrán dictar su propia normativa de transposición en el futuro, desplazando la previa del Bund, y sin que haya ya riesgo de sanción por incumplimiento del plazo de transposición.

(92) Que se erige, por tanto, en un límite adicional para el derecho a divergir de los Länder. *Vid.*, en tal sentido, BECK (2008): 195.

(93) *Vid.* GRÜNEWALD (2011): 193.

(94) *Vid.* MAMMEN (2006): 377.

(95) *Vid.* HAUG (2008): 855.

6. LA APLICACIÓN PRÁCTICA HASTA EL MOMENTO

Los primeros años posteriores a la aprobación de la reforma la utilización por parte de los Länder de la posibilidad de dictar legislación divergente fue escasa. Una causa de ello puede atribuirse a la existencia del artículo 125.B, que establece en algunas de las materias determinados límites temporales para poder hacer uso de la legislación divergente. En concreto, en algunas materias los Länder tenían que esperar a que el Bund reformase su normativa para poder apartarse de ella. La espera no era ilimitada, sino sometida a unos plazos, más allá de los cuales ya podían apartarse hubiese el Bund dictado o no su nueva normativa. Las materias afectadas son:

— Las de los apartados 2 (protección del medio ambiente) y 5 (agua): en estos casos la restricción abarcaba hasta el 1 de diciembre de 2010.

— En el caso de la materia del apartado 6 (educación universitaria) abarcaba hasta el 1 de agosto de 2008.

— Y finalmente, en relación con las normas sobre procedimiento administrativo a que se refiere el artículo 84.1, el plazo de espera finalizaba el 31 de diciembre de 2008.

En cualquier caso, progresivamente y a medida que los plazos han ido venciendo o que el Bund ha ido dictando normas, el uso de esta técnica ha comenzado a aumentar en la práctica, como se verá a continuación (96).

a) Los primeros supuestos se dieron en el ámbito de la caza, y al principio fueron de alcance muy puntual. Así, Nordrhein-Westphalen modificó su Ley de caza por Ley de 19 de junio de 2007 a fin de apartarse de las limitaciones establecidas por el artículo 21.2 de la Ley federal de caza. Con la reforma, el nuevo artículo 22.14 de la Ley del Land se separa del régimen y de las limitaciones que se oponían al abatimiento de determinadas especies establecidas por el precepto federal, y permite en concreto a las autoridades competentes del Land autorizar dicho abatimiento cuando con ello no sea previsible que se produzca una alteración del equilibrio biológico o un daño a la cultura del Land, y al mismo tiempo se cuente con la autorización del propietario o arrendatario de los terrenos donde se vaya a llevar a cabo la caza. Por su parte, Baden-Württemberg reformó su Ley de caza mediante Ley de 11 de octubre de 2007, que se apartó de idéntico precepto federal, sustituyendo su regulación por la del nuevo artículo 27.8 de

(96) La revisión de la normativa que se hace en las siguientes páginas se ha cerrado a 30 de septiembre de 2011.

la Ley del Land, a fin de prever que el Ministerio competente del Land pueda autorizar dicho abatimiento, en este caso con fines científicos, de investigación, o en el marco de proyectos piloto.

Frente a estos dos supuestos de divergencia concreta, la nueva Ley de caza de Rheinland-Pfalz de 9 de julio de 2010 sustituye enteramente a la Ley federal, llevándose a cabo, por tanto, la posibilidad de divergencia a su máxima expresión, con la única excepción (por imperativo, como ya se ha dicho, del art. 72.3.1 GG) de los permisos de caza, submateria excluida de la posibilidad de divergencia.

b) Los ámbitos donde el uso de esta técnica ha sido mayor han sido el de aguas y el de protección de la naturaleza. En materia de aguas, la Ley federal de 31 de julio de 2009 ha sido objeto de legislación divergente por parte de los Länder en una cantidad notable de artículos que prácticamente recorren toda la ley: 2 (ámbito de aplicación); 4 (propiedad de las aguas, límites y propiedad del suelo); 10 (contenido de los permisos y concesiones); 14 (otorgamiento de concesiones); 15 (mejora de permisos); 18 (revocación de permisos y concesiones); 19 (planes de comprobación); 21 (inscripción de permisos y concesiones antiguas); 23 (normativa sobre administración del riego); 25 (usos comunales); 38, 39, 40, 41 y 42 (riego); 49 (excavaciones); 52 y 64 (preservación del agua); 70 (procedimiento en materia de obras hidráulicas); 71 (expropiación); 78 (inundaciones); 82 (programas de medidas); 87 (Código de aguas); 91 (obligación de los propietarios de tolerar instalaciones), y 99 (compensaciones). Los Länder que han reformado su normativa para introducir divergencias respecto de la normativa del Bund en los indicados ámbitos, y de forma diversa en cada caso, han sido hasta ahora siete: Niedersachsen (19 de febrero de 2010), Bayern (25 de febrero de 2010), Schleswig-Holstein (19 de marzo de 2010), Sachsen (23 de septiembre de 2010), Hessen (14 de diciembre de 2010), Sachsen-Anhalt (16 de marzo de 2011) y Bremen (29 de abril de 2011). Las divergencias afectan tanto a cuestiones materiales como de procedimiento (97).

c) En lo referido a la protección de la naturaleza, la Ley federal de protección de la naturaleza y el paisaje de 29 de julio de 2009 ha sido objeto de regulaciones divergentes que afectan a sus artículos 1 (objetivos de la ley); 2 (realización de dichos objetivos); 3 (competencias de las autoridades implicadas); 5 (agricultura, montes y pesca); 7 (conceptos utilizados en la ley); 9 (planificación

(97) Las divergencias introducidas por los Länder afectan, como se ha visto, a numerosos ámbitos de la Ley federal y no pueden ser tratadas aquí con detalle. Puede verse la Ley federal con la indicación de los artículos objeto de normativa divergente de los Länder y las correspondientes remisiones a las leyes de éstos en: http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/whg_2009/gesamt.pdf. Sobre este ámbito véase igualmente en detalle REINHARDT (2010): 459-497.

de la agricultura); 10 y 11 (programas agrícolas); 14, 15 y 17 (concepto de intervención en la agricultura y la naturaleza, obligaciones de quienes intervienen en ellas, procedimientos); 20, 21, 22, 23, 25, 27, 28 29, 30 (biotopos, parques, reservas de la biosfera y otros tipos de áreas protegidas); 32, 33, 34 y 35 (Red Natura 2000); 43 (recintos para animales); 59, 61 y 62 (medidas de recuperación de la naturaleza); 63 (asociaciones de defensa de la naturaleza reconocidas); 65, 66, 67 y 68 (limitaciones que han de soportar los propietarios de terrenos); 69 (sanciones), y 74 (disposiciones transitorias). Los Länder que han reformado con tal fin sus Leyes de protección de la naturaleza en los últimos años han sido Niedersachsen (19 de febrero de 2010), Mecklemburg-Vorpommern (23 de febrero de 2010), Schleswig-Holstein (24 de febrero de 2010), Hamburgo (11 de mayo de 2010), Sachsen-Anhalt (10 de diciembre de 2010), Sachsen (15 de febrero de 2010), Hessen (20 de diciembre de 2010) y Bayern (23 de febrero de 2011) (98).

Debe señalarse que tanto la Ley federal de aguas como la de protección de la naturaleza habían previsto a lo largo de su articulado la posibilidad de la intervención futura de los Länder haciendo expresa referencia a una hipotética legislación divergente de éstos. Pero como recuerda Reinhardt (99), el derecho de los Länder a dictar normativa divergente no deriva en absoluto de estos recordatorios que el Bund, bajo su propio criterio, decide hacer, sino de la Constitución, de manera que la posibilidad de actuación de los Länder no dependerá en absoluto de que el Bund la prevea, ni de cómo y cuándo la prevea. Tales previsiones del Bund pueden orientar a los Länder, pero no vincularlos (100).

En materia estrictamente de procedimiento y organización (legislación divergente formal), más allá de lo ya indicado en materia de aguas y de protección de la naturaleza, hallamos algunos otros casos de alcance más puntual o concreto:

a) En relación con el Código Social (*Sozialgesetzbuch*) varios Länder se han apartado en ámbitos diversos en cuestiones relativas a autoridades competentes para la ejecución. Así, la reforma operada el 14 de octubre de 2008 en

(98) Véase la ley con las correspondientes referencias a las normas de los Länder en http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bnatschg_2009/gesamt.pdf. Un primer examen de esta actividad normativa de los Länder, señalando qué aspectos de la Ley federal no pueden ser variados por éstos (por corresponderse con los principios generales de la protección de la naturaleza de que habla el art. 72.3 GG), en qué aspectos los Länder sí que pueden divergir y de qué diversas formas lo hacen, puede verse en FRANZIUS (2010): 346-353.

(99) *Vid.* REINHARDT (2008): 493.

(100) En palabras de REINHARDT, pueden cumplir una función declarativa, pero no constitutiva del derecho a dictar legislación divergente. *Vid.* REINHARDT (2010): 496.

el artículo 2.1 de la Ley de protección a la infancia y la juventud de Baden-Württemberg introdujo en éste una previsión divergente de la contenida en el artículo 71.3 del Octavo Libro del Código Social a fin de apoderar a las autoridades locales responsables de la protección a la infancia y la juventud para que puedan decidir en cada caso si el respectivo comité de ayuda a la juventud tendrá funciones asesoras o decisoras.

Por su parte, Niedersachsen se apartó del artículo 69.6 de idéntica norma federal al reformar el artículo 9.2 de su Ley de protección a la infancia y la juventud el 15 de diciembre de 2006. La norma federal disponía en su artículo 69.6 que para el cumplimiento de las tareas por ella prescritas, cada autoridad competente local creará una oficina de la juventud, y cada autoridad competente del Land una oficina de la juventud del Land. El artículo 9.2 de la Ley de Niedersachsen se aparta de este esquema organizativo y dispone tras su reforma que será éste quien decidirá qué autoridades del Land (no de los entes locales) llevarán a cabo las tareas prescritas por la Ley federal, y que dichas autoridades constituirán una comisión.

También del Código Social, en este caso del Undécimo Libro, se apartó Baviera mediante reforma operada el 1 de enero de 2010 del artículo 7.2.2 de la Ley bávara para la ejecución de la legislación social, introduciendo una regulación propia sobre las autoridades competentes para supervisar a las entidades gestoras de los seguros de asistencia.

Finalmente, puede citarse el caso de Nordrhein-Westfalen y de su Ley de centros de asistencia y cuidado de 18 de noviembre de 2008, cuyo artículo 19.3 introduce una regulación diversa de la contenida en el 114.1 del mencionado Undécimo Libro en materia de autoridades competentes para realizar controles de calidad a los centros de asistencia.

b) En segundo lugar, Hamburgo se separó del artículo 5.2 de la Ley federal de 10 de agosto de 1998, que regula la actividad de los deshollinadores, disponiendo que sean las autoridades del Land las que determinen el número de áreas en que se distribuirán las personas que estén autorizadas para ejercer dicha profesión.

c) En el ámbito de las energías renovables Baviera y Bremen introdujeron regulaciones divergentes por lo que respecta a aspectos puntuales del procedimiento y supuestos del deber de acreditación (y de las excepciones a tal deber) ante las autoridades competentes del cumplimiento de la normativa sobre energías renovables en los edificios construidos, deber de acreditación que establecía la Ley federal de energías renovables en el ámbito de la climatización de edificios de 7 de agosto de 2008. Baviera se apartó del artículo 9.2 de ésta el 21 de diciembre de 2010 mediante reforma del artículo 15 de su Ley sobre

competencia para la ejecución de la normativa en el ámbito económico de 24 de enero de 2005. Bremen se apartó del artículo 10 de la norma federal al dictar su reglamento de ejecución de la Ley de energías renovables, también en fecha de 21 de diciembre de 2010 (*vid.* art. 2 de dicho reglamento).

d) En materia de estado civil, Brandemburgo reformó el 15 de abril de 2009 el artículo 3.A de su Ley de ejecución en tal materia de 9 de octubre de 2003, y Niedersachsen hizo lo propio el 17 de marzo de 2010 con el artículo 16 de la Ley de costes administrativos de 25 de abril de 2007, en ambos casos para apartarse del artículo 43.1 de la Ley federal del estado civil y prever tasas para determinadas actuaciones de los funcionarios competentes en esta materia, contra la exclusión expresa de toda tasa que realizaba la Ley federal.

e) En relación con la Ley federal de 23 de septiembre de 1990, que regula el modo de resolver litigios sobre propiedades expropiadas en el pasado por los poderes públicos de la antigua RDA sin indemnizar a sus propietarios o con una indemnización simbólica, el artículo 1.2 de la Ley de Sachsen de 24 de agosto de 2000, dictada para ejecutar la mencionada Ley federal, fue reformado el 29 de enero de 2008 para dar una regulación propia a la cuestión de qué autoridades del Land serán competentes en este ámbito, apartándose del artículo 24 de la Ley federal.

f) En materia estadística y en concreto en relación con la elaboración del censo en 2011, Sachsen se apartó respecto del artículo 10.2.I de la Ley federal de 8 de julio de 2009 mediante el nuevo artículo 2.3.I de su Ley de ejecución (introducido por reforma de 23 de septiembre de 2010), encomendando funciones a las oficinas estadísticas locales, donde existan, en vez de a las oficinas a las que se refiere el artículo 10.2.1 de la Ley federal.

g) La Ley federal de impacto ambiental de 12 de febrero de 1990 contiene en su anexo 1 una lista de instalaciones que han de pasar un control que puede ser de tres tipos. Algunos Länder han cambiado en sus respectivas Leyes de impacto ambiental el tipo de procedimiento de control que corresponderá a determinados supuestos. Así lo han decidido Schleswig Holstein, por reforma el 29 de diciembre de 2010 de su Ley de 13 de mayo de 2003, y Niedersachsen, mediante reforma el 19 de febrero de 2010 de su Ley de 30 de abril de 2007.

h) Finalmente, también desde la perspectiva formal, Nordrhein-Westphalen reformó el 28 de octubre de 2008 el artículo 5 de su Ley de ejecución de la Ley de la jurisdicción social de 8 de diciembre de 1953, y se apartó con ello del artículo 14.3.1 de esta última ley sobre el modo de seleccionar jueces honorarios.

7. CONCLUSIONES

Como se ha visto, la introducción de esta nueva técnica competencial, que comenzó su andadura entre dudas y críticas doctrinales y una cierta incertidumbre en torno a los efectos prácticos que pudiera causar sobre el sistema competencial, se ha ido abriendo camino, tras un comienzo lento, de modo progresivo. La primera constatación a destacar es, pues, que no ha quedado, como otras reformas anteriores (101), meramente sobre el papel, sino que se ha ido desplegando de modo real.

Con esta técnica, en los ámbitos materiales estudiados, los Länder pueden asegurarse que sean realmente compartidas competencias que, de otro modo, y pese a calificarlas así la Constitución, hubiesen acabado siendo exclusivas del Bund, como había ocurrido tradicionalmente por el uso expansivo que éste siempre hizo de su competencia y de la posibilidad de ir desplazando las normas de los Länder a medida que dictase sus normas, en el caso de las competencias concurrentes, o simplemente dictando unas normas marco exhaustivas en el caso de las competencias marco. Los Länder obtienen, así, una vía de escape de esa actuación expansiva del Bund, que además tampoco deja a éste definitivamente fuera de la posibilidad de regular la materia, aunque lógicamente quepa pensar que una cierta coordinación entre Bund y Länder evite, como hasta ahora así ha sido, una sucesión interminable de normas de uno y otro. También en el caso de la ejecución los Länder se aseguran poder decidir en el ámbito procedimental y organizativo sobre cuestiones que consideren para ellos relevantes; también aquí obtienen una cierta garantía de que su competencia de ejecución no quedará reducida a la nada.

Éstas son algunas de las principales ventajas. Pero los posibles problemas no pueden ocultarse y ya se han señalado: que esta técnica funcione armónicamente o introduzca el caos en el sistema de distribución competencial dependerá de la lealtad y la responsabilidad con que consigan comportarse Bund y Länder. De momento la técnica ha funcionado correctamente: está consiguiendo sus objetivos sin provocar efectos disfuncionales. No ha habido «efecto ping-pong», ni la diversidad jurídica en la regulación de las materias (que recordemos que es consustancial al federalismo, y no una anomalía o algo a evitar) ha devenido intolerable.

(101) Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad introducida en 1994 de que el Bund devolviera a los Länder ámbitos que considerase que ya no debían ser regulados por él tras cambiarse la mención a la consecución de la uniformidad de las condiciones de vida por la referencia a la mera equivalencia de éstas en el artículo 72 GG; jamás el Bund puso en práctica dicha posibilidad.

La pregunta que corresponde ahora formular es si esta técnica es exportable a otros Estados compuestos, como el nuestro, donde los problemas entre Estado y CCAA en los ámbitos de la compartición competencial y la ejecución, sin ser idénticos a los que aquejaban al sistema alemán tampoco son en absoluto desdeñables. Quizá es pronto para responder: cinco años de aplicación de la técnica en Alemania no es un período breve, pero seguramente es mejor tener una perspectiva algo más amplia para llegar a una conclusión. Las claves, en todo caso, pueden ser dos: la ya citada de la lealtad institucional y la responsabilidad (algo que lógicamente es difícil de traducir en normas concretas) y la medida prudente de comenzar por un número limitado de materias, introduciendo incluso subámbitos exceptuados. De esta manera, como se ha hecho en Alemania, los posibles riesgos se minimizan, y si la técnica funciona correctamente siempre se está a tiempo en el futuro de extenderla, mediante una ulterior reforma constitucional, a nuevas materias.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARROYO GIL, A. (2009): *La reforma constitucional del federalismo alemán*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms.
- BATTIS, U.; KERSTEN, J. (2007): «Die Raumordnung nach der Föderalismusreform», *Deutsches Verwaltungsblatt*, febrero, págs. 152-159.
- BECK, L. (2009): *Die Abweichungsgesetzgebung der Länder: aus staatsrechtlicher, rechtsvergleichender und dogmatische Untersuchung*, Baden-Baden, Nomos.
- BECKER, B. (2010): «Das Recht der Länder zur Abweichungsgesetzgebung (Art. 72. Abs. 3 GG) und das neue WHG und BNatSchG», *Deutsches Verwaltungsblatt*, junio, págs. 754-758.
- CABELLOS ESPÍERREZ, M. A. (2005): «Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75, págs. 289-324.
- DEGENHART, C. (2010): «Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Abweichungsgesetzgebung», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 10, págs. 422-430.
- DIETSCHKE, H. J.; HINTERSEH, S. (2006): «Ein sogenanntes Zugriffsrecht für die Länder. Konkurrierende Gesetzgebung beim Wort genommen? Zur Entwicklung einer verfassungsrechtlichen Diskussion», *Jahrbuch des Föderalismus*, págs. 187-205.
- EPPLER, A. (2007): «Materielles Abweichungsrecht in der Umweltpolitik», en F. PALERMO, R. HRBEK, C. ZWILLING y E. ALBER (coords.), *Auf dem Weg zu asymmetrischen föderalismus*, Baden-Baden, Nomos, págs. 179-194.
- FRANZIUS, C. (2008): «Die Abweichungsgesetzgebung», *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, núm. 5, págs. 492-499.
- (2010): «Die Zukunft der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung», *Zeitschrift für Umweltrecht*, núm. 7-8, págs. 346-353.

- FRENZ, W. (2006), «Föderalismusreform im Umweltschutz», *Neue Verwaltungszeitschrift*, núm. 7, págs. 742-747.
- GERSTENBERG, K. (2009): *Zu den Gesetzgebungs und Verwaltungskompetenzen nach der Föderalismusreform*, Berlín, Duncker & Humblot.
- GRÜNEWALD, V. (2011): *Die Abweichungsgesetzgebung der Bundesländer. Ein Fortschritt im föderalen Kompetenzgefüge des Grundgesetzes?*, Berlín, Logos.
- HÄDE, U. (2009): «Entflechtung und Verflechtung. Eine Zwischenbilanz der ersten Stufe der Föderalismusreform», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, núm. 24, 1, págs. 1-17.
- HAUG, V. (2008): «Die Abweichungsgesetzgebung: ein Kuckucksei der Föderalismusreform?», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 20, págs. 851-857.
- HOPPE, W. (2007): «Debakel für die Raumordnung durch die Föderalismusreform?», *Deutsches Verwaltungsblatt*, febrero, págs. 144-152.
- HEITSCH, C. (2009): «Die asymmetrische Neuverflechtung der Kompetenzordnung durch die deutsche Föderalismusreform I», *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, núm. 57, págs. 333-359.
- IPSEN, J. (2006): «Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle», *Neue Juristische Wöchenschrift*, núm. 39, págs. 2801-2805.
- KLEIN, O., y SCHNEIDER, K. (2006): «Art. 72 GG n.F. im Kompetenzgefüge der Föderalismusreform», *Deutsches Verwaltungsblatt*, diciembre, págs. 1549-1556.
- KOTULLA, M.: «Umweltschutzgesetzgebungskompetenzen und Föderalismusreform», *Neue Verwaltungszeitschrift*, núm. 5, págs. 489-495.
- MAMMEN, L. (2006): «Der neue Typus der konkurrierenden Gesetzgebung mit Abweichungsrecht», *Die öffentliche Verwaltung*, núm. 9, págs. 376-379.
- MEYER, H. (2008): *Die Föderalismusreform 2006 (Konzeption, Kommentar, Kritik)*, Berlín, Duncker & Humblot.
- MICHAEL, L. (2006): «El Estado federal experimental», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 6, págs. 11-30.
- MÜNCH, U. (2007): «Materielles Abweichungsrecht der Länder und föderative Asymmetrien in der bundesdeutschen Bildungspolitik», en F. PALERMO, R. HRBEK, C. ZWILLING y E. ALBER (coords.), *Auf dem Weg zu asymmetrischen föderalismus*, Baden-Baden, Nomos, págs. 164-178.
- REINHARDT, M. (2010): «Gesetzgebungskompetenzen im Wasserecht», *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 135, págs. 459-497.
- RENGELING, H. W. (2006): «Föderalismusreform und Gesetzgebungskompetenzen», *Deutschesverwaltungsblatt*, núm. 24, págs. 1537-1549.
- SELMER, P. (2009): «Folgen der neuen Abweichungsgesetzgebung der Länder. Abschied von Leitbild "gleichwertiger Lebensverhältnisse"?», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, núm. 1, págs. 33-44.
- SCHULZE HARLING, C. (2011): *Das materielle Abweichungsrecht der Länder*, Frankfurt, Peter Lang.
- STOCK, M. (2006): «Konkurrierende Gesetzgebung, postmodern: Aufweichung durch Abweichung?», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, núm. 21, págs. 226-249.

RESUMEN

El funcionamiento práctico de las técnicas de compartición competencial, en sus diversas variantes, acostumbra a dar lugar en los Estados compuestos a una progresiva ampliación de la competencia federal sobre las materias previamente compartidas, con la consiguiente disminución (y en ocasiones eliminación) de la competencia correspondiente a las entidades federadas. Alemania no ha sido una excepción a esta regla, y por ello los Länder habían venido reclamando desde hace décadas una reforma de las competencias concurrentes y marco. Tras algunas reformas constitucionales que no lograron cambiar la situación de partida, y que obligaron finalmente al TCF a poner por sí mismo límites a la expansividad del Bund, la reforma de 2006 introdujo una nueva técnica competencial que permite a los Länder apartarse de la normativa previa del Bund en una serie de ámbitos, y dictar en consecuencia una normativa propia que diverja de la de aquél. La puesta en práctica de esta nueva técnica en los últimos años permite verificar si ha funcionado de modo efectivo, si los temores que se suscitaron al principio se han cumplido o no y si, por tanto, resulta una técnica útil tanto para el caso alemán como para otros Estados donde se dé una problemática similar en el ámbito de la compartición de competencias.

PALABRAS CLAVE: federalismo; reforma constitucional; distribución competencial; competencias compartidas.

ABSTRACT

The practical working of the systems of competence sharing in federal states, in their various forms, usually leads to a progressive expansion of federal jurisdiction over previously shared matters, with the consequent reduction (and sometimes elimination) of the component units' competences. Germany has not been an exception to this rule, and therefore for decades the Länder had been demanding a reform of concurrent and framework competences. After various constitutional reforms that failed to change the initial problem and forced the Constitutional Court to establish limits on the expansiveness of the Bund, the 2006 constitutional reform introduced a new system of competence sharing that enables the Länder to deviate from previous legislation of the Bund in a number of areas, and thus to pass their own legislation diverging from that of the Bund. The implementation of this new system in the last years allows us to verify if it has worked effectively, if the fears that were initially raised have been verified or not, and if it is a useful system for the German case and also for other states with similar problems in the area of shared competences.

KEY WORDS: federalism; constitutional reform; competence distribution; shared competences.

