

ESTUDIOS CRÍTICOS

DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y CONTROL JURISDICCIONAL EN EL FEDERALISMO ALEMÁN

MIGUEL ÁNGEL CABELLOS ESPIÉRREZ

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LOS PRESUPUESTOS DE LA LEGISLACIÓN CONCURRENTES Y MARCO EN 1994: 2.1. *La versión inicial del art. 72.2 y los propósitos de su reforma.* 2.2. *La reducción del ámbito de discrecionalidad del legislador federal y su control jurisdiccional.*—3. LAS BASES DEL CONTROL POR PARTE DEL TCF DE LOS PRESUPUESTOS DE LA LEGISLACIÓN CONCURRENTES Y MARCO: 3.1. *Objeto de la sentencia.* 3.2. *El examen de la cuestión por parte del TCF.*—4. LA APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL: 4.1. *El caso de la Altenpflegegesetz en la propia sentencia de 2002.* 4.2. *El caso de la ley sobre perros peligrosos: Sentencia de 16 de marzo de 2004.* 4.3. *El caso de la ley sobre cierre de comercios: Sentencia de 9 de junio de 2004.* 4.4. *El caso de los Juniorprofessoren: Sentencia del 27 de julio de 2004.* 4.5. *El caso de la financiación de la educación superior: Sentencia de 26 de enero de 2005.*—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es analizar un cambio decisivo en el control jurisdiccional que realiza el Tribunal Constitucional alemán del modo como el legislador federal regula las materias que, a través de dos técnicas diversas, comparte con los Länder.

Como es sabido, la Ley Fundamental de Bonn enumera en sus artículos 74 y 74A una larga serie de materias sobre las que el Bund y los Länder operarán en un régimen de concurrencia en el que los Länder podrán dictar cualesquiera normas pero sólo en tanto que el Bund no lo haga, y a su vez éste únicamente podrá dictar normas cuando se cumpla alguno de los requisitos que enumera el art. 72 GG. En segundo lugar, el art. 75 enumera un número mucho menor de materias sobre las cuales el Bund sólo podrá dictar la legislación marco, pero también previo cumplimiento de alguno de los requisitos del art. 72 GG. En

definitiva, con la aplicación de este último precepto a las dos técnicas de distribución competencial mencionadas se está intentando reflejar el principio de subsidiariedad, de modo que el Bund sólo intervenga en lugar de los Länder cuando concurren determinadas circunstancias que lo hagan imprescindible (1).

Habida cuenta de lo anterior, fácilmente se deduce que el control de si concurren o no los requisitos del art. 72 GG reviste la máxima importancia, pues supone determinar cuándo el Bund va a poder dictar normas, en detrimento de los Länder, en una treintena de materias cuya importancia difícilmente puede ser exagerada. Ocurre sin embargo, que tradicionalmente el Tribunal Constitucional alemán se negó por sistema desde sus inicios a controlar la concurrencia o no de tales requisitos, por considerar, como se verá después, que había que conceder al legislador federal un margen de apreciación política que le permitiera determinar cuándo concurrían los presupuestos del art. 72 GG (2). De esta manera, el Bund amplió sus competencias provocando un vaciamiento muy sustancial de las de los Länder.

Esta situación, como se verá, se intentó paliar a través de la reforma constitucional de 1994, que reformó los presupuestos del art. 72 GG e introdujo expresamente una vía de acceso al Tribunal para exigirle que controlase la concurrencia o no de los mismos. Con todo, la reticencia de éste a dicho control siguió sin variar, hasta que en el año 2002, por primera vez, aceptó expresamente su obligación de controlar el respeto a dicho precepto por parte del Bund y estableció los criterios de dicho control. Posteriormente, en 2004 anuló por primera vez una norma del Bund por no respetar los presupuestos del art. 72, y en 2005 ha seguido verificando el respeto a los mismos, en lo que ha sido, como se ha dicho, un cambio radical de su orientación tradicional.

En los próximos apartados, por tanto, se estudiará (a) la situación anterior a la reforma constitucional de 1994 y el contenido de ésta a los efectos que aquí interesan; (b) la sentencia de 2002 en que se sientan las bases del control jurisdiccional por parte del TCF del respeto del Bund al art. 72; y (c) las sentencias que han llevado a la práctica dicho control.

(1) Los paralelismos entre el art.72.2 GG y el principio de subsidiariedad del art.5 TCE han sido puestos de manifiesto en diversas ocasiones por la doctrina. Vd., por ejemplo, un análisis conjunto y comparativo de ambos en Calliess, C., «Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: ein Lehrstück für die Europäische Verfassung», *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 7-10, 2003, págs. 181-197.

(2) Vid. sobre ello C. CALLIESS: «Kontrolle zentraler Kompetenzausübung...», *ob. cit.*, págs. 183-184.

2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LOS PRESUPUESTOS DE LA LEGISLACIÓN CONCURRENTES Y MARCO EN 1994

2.1. *La versión inicial del art. 72.2 y los propósitos de su reforma*

La reforma constitucional de 1994, largamente querida por los Länder (3) a fin de intentar corregir las disfunciones del sistema competencial (4), incidió especialmente en la reforma del funcionamiento de la técnica de la legislación concurrente y la legislación marco, instauró la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Constitucional federal para que éste impidiera extralimitaciones del Bund en la interpretación de si concurrían o no los presupuestos de las mencionadas técnicas normativas (art. 93.1 GG) y, finalmente, retocó los catálogos competenciales en cuestiones concretas (5).

De todas estas innovaciones, quizá la más importante es la primera de las mencionadas, relativa a la reforma de los presupuestos que permiten al Bund dictar normas en las materias objeto de competencia concurrente (6) y marco.

(3) El descontento de estos ya había llevado en 1973 a la creación de una Comisión de Reforma Constitucional en el Bundestag, que centró sus trabajos, finalizados cuatro años más tarde, en torno a la posibilidad de reformar el sistema de reparto competencial y en particular el art. 72. Pese a la firme voluntad de los Länder de que la reforma fuera llevada a cabo, los trabajos del Bundestag no tuvieron ninguna traducción práctica. Sobre la cuestión, vid. en general K. P. SOMMERMANN: «Die Stärkung der Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch die Grundgesetzreform», en *Juristische Ausbildung*, 1995, pág. 394, y C. NEUMEYER: «Geschichte eines Irrläufers: Anmerkungen zur Reform des Art.72 Abs. 2 GG», en ZIEMSKE (Hrsg.): *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65 Geburtstag*, München, Beck, 1997, págs. 556-558. En cuanto a los preparativos inmediatos de la reforma de 1994 y a los trabajos de la correspondiente Comisión conjunta entre el Bundestag y el Bundesrat, se puede ver R. SANWALD: «Die Reform der Gesetzgebungskompetenzen nach den Beschlüssen der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat», *Die öffentliche Verwaltung*, 15, 1994, págs. 629-637, y F. A. JAHN: «Empfehlungen der Gemeinsamen Verfassungskommission zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 4, 1994, págs. 177-187.

(4) Sobre el sistema competencial en general, las diversas técnicas normativas, las diferencias entre los conceptos de materia y función y el contenido de las diversas materias objeto de reparto, la bibliografía es abundante. Es de utilidad, por su pretensión de ofrecer un panorama global y sistemático (al mismo tiempo que introductorio) el artículo de P. KUNIG: «Gesetzgebungsbefugnis von Bund und Länder. Allgemeine Fragen», *Jura*, 5, págs. 254-261.

(5) Otras innovaciones, como por ejemplo el aumento del papel del Bundesrat, y por lo tanto de los Länder, en el procedimiento legislativo, pueden también considerarse como relevantes pero caen fuera del objeto de estas páginas.

(6) Dentro de los diversos tipos de competencias enumerados en la Grundgesetz, el papel de las competencias concurrentes es desde luego el que tiene más peso dentro del sistema competencial. Vid. C. DEGENHART: «Art. 72: Konkurrierende Gesetzgebung», *Kommentar zum GG*, Leipzig, 1995.

Hasta 1994, su regulación constitucional presentaba algunas características que habían contribuido a vaciar las posibilidades normativas de los Länder sobre tales materias, reduciéndolas a extremos casi testimoniales.

El problema se centraba en el artículo 72 GG, que en su versión anterior a la reforma (7) disponía que:

1. En el plano de la legislación concurrente, los Länder tienen la facultad de legislar en tanto en cuanto la Federación no haga uso de su facultad legislativa.
2. En este plano, la Federación tiene la facultad de legislar cuando exista la exigencia de reglamentación por ley federal en los siguientes casos:
 - 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.

Como se ve, tras el primer apartado, que teóricamente deja a los Länder la posibilidad de dictar su propia regulación de las materias afectadas, los tres supuestos del segundo apartado explicitan cuándo podrá la Federación hacer lo propio, estableciéndose así, en suma, una «competición», en palabras de Maunz (8), entre Bund y Länder, de modo que aquél podrá desplazar en los tres casos descritos lo que los Länder hubieran regulado. Esta misma situación, que el art. 72 refiere a las competencias concurrentes, la extiende a las competencias para dictar leyes marco (*Rahmengesetzgebung*) el art. 75.1 (9).

(7) Sobre las circunstancias que rodearon la redacción del precepto durante la elaboración de la Ley Fundamental de Bonn vid. S. Deimann: «Re-Federalising Germany: from “uniform” to “equivalent” living-conditions», *Public Law Review*, 7, págs. 110 y sigs., y C. NEUMEYER: «Geschichte eines Irrläufers...», *ob. cit.*, págs. 544 y sigs. En la doctrina italiana, vid. M. Mistò: «Il principio unitario nella Germania riunita quale emanazione de la clausola di necessità ex art. 72.c.2 GG», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2003, págs. 37-58. En la española vid. J. PEMÁN GAVÍN: «Acerca de la uniformidad de las condiciones de vida como principio constitucional en el Estado de las Autonomías», en *El principio de igualdad de las Comunidades Autónomas a la luz de la jurisprudencia constitucional, XI Jornadas de la DGSJE*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1479-1502.

(8) Vid. T. MAUNZ: «Das Wesen der konkurrierenden Gesetzgebung. Art. 72», en MAUNZ, DÜRIG, HERZOG, SCHOLZ: *Kommentar zur Grundgesetz*, 6.^a ed., Beck, München, 1985, pág. 3.

(9) Sobre este tipo de competencias puede verse M. KALTENBORN: «Rahmengesetzgebung im Bundesstaat und im Staatenverbund», *Archiv des öffentlichen Recht*, 128, 2003, págs. 412-457, y la bibliografía allí citada.

Y era precisamente el último apartado del art. 72.2 el que había permitido al Bund extender su normativa sobre todas las materias afectadas hasta excluir en la práctica a los Länder de su regulación. Tan amplio era el margen de maniobra que el precepto le ofrecía, dado lo genérico de esa referencia a la uniformidad de las condiciones de vida, y tan intenso el aprovechamiento que hizo de él el Bund que, como se ha dicho, ya en los años setenta se había reclamado la necesidad de reconducir el art. 72.2.III GG a sus justos términos. Esta idea se retomó al plantear el necesario proceso de reforma constitucional tras la reunificación, que se plasmó en seis reformas de la Ley Fundamental, la última de las cuales, que es la que ahora nos interesa, tuvo lugar el 27 de octubre de 1994.

2.2. *La reducción del ámbito de discrecionalidad del legislador federal y su control jurisdiccional*

El camino a la reducción de la potencialidad del anterior 72.2.III GG se ha recorrido a través de una doble vía: por una parte, se ha variado su tenor literal; por otra, se ha previsto un procedimiento especial para que a petición del Bundesrat, del Gobierno de un Land o del Parlamento de un Land el Tribunal Constitucional entre de modo obligado a conocer si una ley federal basada en el nuevo art. 72.2 GG se ha excedido en su contenido invadiendo competencias de los Länder.

Comenzando por la primera de las dos cuestiones enunciadas, el texto del nuevo art. 72 dispone que:

«1. En el ámbito de la legislación concurrente, los Länder tienen la facultad de legislar mientras la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa.

2. En este sentido, 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.

3. Por ley federal puede determinarse que una regulación legislativa que ya no sea necesaria en el sentido del apartado 2, pueda ser reemplazada por la legislación de los Länder».

Entrando en detalle en las consecuencias de la reforma, cabe referirse en primer lugar al relativo al momento de comienzo del «efecto bloqueo» (*Sperrwirkung*) de las normas de los Länder por parte de las del Bund. Como ya se

ha visto, los Länder podían legislar sólo y en la medida en que el Bund no lo hubiera hecho. Y ello era así hasta el punto de que en el momento en que éste iniciara el procedimiento para dictar una norma sobre aquellas materias, las normas de los Länder quedaban desplazadas, y a la vez bloqueada su posibilidad de continuar disciplinando aquella materia. No hacía falta ni siquiera, para que este efecto se produjera, que la norma del Bund hubiera sido aprobada y entrara en vigor: había suficiente con el inicio del procedimiento legislativo.

Con la reforma, se retrasa la entrada en juego del mencionado efecto bloqueo: la legislación de los Länder en una materia concurrente sólo se verá desplazada por la legislación del Bund cuando ésta haya sido aprobada y haya entrado en vigor. Esto es así porque el art. 72 ya no dice que el legislador del Bund sustituirá las normas de los Länder cuando «haga uso» de su competencia legislativa sino cuando «haya hecho uso» («*Gebrauch gemacht hat*») de la misma. Esto implica, para toda la doctrina, que no hay suficiente con iniciar el procedimiento legislativo sino que éste tiene que haber acabado y la norma resultante entrado en vigor (10). Sólo en este momento las normas de los Länder habrán quedado desplazadas por la del Bund.

Con todo, esta inmediatez del efecto bloqueo no era la cuestión más grave. Más aún lo era la indeterminación y amplitud de los supuestos en los que el Bund podía entrar a legislar en las materias propias de la legislación concurrente y marco. Ya se ha indicado que la tercera de ellas («que lo requiera el mantenimiento de la unidad jurídica o económica y en especial el mantenimiento de la uniformidad de las condiciones de vida más allá del territorio de un Land») venía a operar como una habilitación en blanco al legislador federal que dejaba la competencia de los Länder reducida a niveles residuales (11). El problema se agravaba, como también se ha dicho, en la medida en que el Tribunal Constitucional federal siempre consideró que la determinación de si concurría alguna de las hipótesis habilitantes del art. 72.2 era una decisión política que él no podía fiscalizar salvo en caso de abuso evidente (12).

(10) Vid. RYBAK y HOFMANN: *Ob. cit.*, pág. 230; K. P. SOMMERMANN: *Ob. cit.*, pág. 395; U. BERLIT: «Reform des Grundgesetzes nach der staatlichen Einigung Deutschlands», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Band 44, 1996, pág. 37; DEGENHART: *Ob. cit.*, págs. 1223 y sigs.

(11) En estos términos se pronuncia M. GRUSON: *Die Bedürfniskompetenz. Inhalt und Justiziabilität des Art.72 Abs.2 des Grundgesetzes*, Berlin, 1967, pág. 112.

(12) Vid., entre otras, las Sentencias de 30 de abril de 1952 (BVerfG, 1, 264) y 22 de abril de 1953 (BVerfG, 2, 213) donde se pronunció por primera vez de este modo, y la de 29 de noviembre de 1961 (BVerfG, 4, 115) donde se consolidó esa opinión. El único supuesto en que el TCF aceptaba entrar era aquel en que el Bund hubiera abusado manifiestamente de la discrecionalidad que le concedía el art. 72, previsión que en la práctica nunca le sirvió para controlar

Esta situación, en que la competencia concurrente y marco había devenido prácticamente exclusiva (13), se intentó paliar con la reforma, una de cuyas finalidades fue limitar el ámbito de decisión política discrecional (*politische Ermessensspielraums*) del legislador en esta materia y precisar el alcance del art. 72. Para ello, se ha sustituido la referencia a la uniformidad (*Einheitlichkeit*) de las condiciones de vida por una invocación a la consecución de condiciones de vida «equivalentes» (*gleichwertiger Lebensverhältnisse*), término para Sommermann «más próximo a una estructura federal que el concepto más unitarista de uniformidad» (14). Este cambio léxico es importante, porque esta segunda fórmula permite una cierta diversidad normativa (de modo que se tolere una diversidad de regulaciones en una materia siempre que el resultado a que éstas lleven sea equivalente, permitiéndose en caso contrario la intervención niveladora del Bund) y desde luego posee un carácter más restrictivo que el de la cláusula vigente hasta 1994 (15).

Por otro lado, la referencia a la necesidad (*Erforderlichkeit*) de la regulación evoca el hecho de que sea obligado, imprescindible, dictar la norma, y que la mencionada necesidad exista en relación con todos los Länder (16). Para verificar todo esto hará falta examinar los posibles efectos de la norma, y si los Länder por sí solos, mediante la coordinación voluntaria de sus legislaciones, no pueden llegar a los mismos resultados y están dispuestos a hacerlo (17).

La doctrina, por su parte, ha insistido en que el agotamiento del ámbito normativo de los Länder se tiene que hacer por parte del Bund, cuando esté legitimado para ello ex art. 72 GG, de una forma inequívoca, mediante el uso de puntos de referencia (*Anhaltspunkte*) claros (18). Sin embargo, aún se pueden plantear problemas: cuando el Bund ha dejado alguna cuestión sin

ninguna norma de aquel basada en el mencionado precepto. Por otro lado, la única sentencia en que el TCF entró a analizar de manera mínimamente detallada el alcance del art. 72.2.III fue la de 23 de marzo de 1965 (BVerfG 18, 407-415). En ella, el Tribunal determinó que una ley de Hamburgo que exigía poseer licencia para poder aparcar delante de casa no invadía el ámbito competencial del Bund ex art. 72.2.III y que el mantenimiento de la unidad económica y jurídica en todo el territorio no se podía considerar, en un Estado federal, como un bien en sí mismo. Pero fue un pronunciamiento completamente aislado.

(13) Vid. sobre ello A. SCHMEHL: «Die erneuerte Erforderlichkeitsklausel in Art.72 Abs.2 GG», *Die öffentliche Verwaltung*, 17, 1996, pág. 724.

(14) Vid. K. P. SOMMERMANN: *Ob. cit.*, pág. 918.

(15) En este sentido, vid. SCHMEHL: *Ob. cit.*, págs. 726-727.

(16) Vid. SCHMEHL: *Ob. cit.*, pág. 727.

(17) Vid. SCHMEHL: *Ob. cit.*, pág. 726.

(18) Remarcando la importancia de este hecho, vid. RYBAK y HOFMANN: *Ob. cit.*, pág. 230.

tratar, esta omisión puede ser debida a un olvido o bien a la voluntad expresa de que aquella materia no sea regulada, una laguna voluntaria, en definitiva. De que se determine o no la existencia de tal voluntad expresa e inequívoca dependerá que los Länder puedan entrar o no a dictar normas (19).

Más allá de la reforma del art. 72, especial importancia reviste, como se ha dicho, el intento de acabar con la negativa del TCF a controlar extralimitaciones del Bund mediante la previsión de la posibilidad de que el Bundesrat, un Gobierno de un Land, o la Asamblea Legislativa de un Land puedan dirigirse al TCF para que decida si ha existido extralimitación en el uso del art. 72 por parte del Bund. Esta posibilidad, consagrada en el nuevo artículo 93.2.a) GG, pone fin de una manera rotunda a la pretendida incompetencia del TCF para controlar las normas del Bund basadas en el artículo 72.

La reforma del precepto, y en particular de su justiciabilidad, está muy ligada al tipo de federalismo. Como indica Calliess, cuanto más se corresponda el modelo de federalismo existente con el de carácter cooperativo, menos importante será la justiciabilidad de la aplicación del mencionado artículo. En cambio, cuanto más se quiera avanzar hacia un federalismo competitivo, de carácter dual, más relevante será la anterior cuestión (20). Actualmente, el federalismo alemán es de carácter claramente cooperativo (21). La reforma del art. 72.2 es un primer paso en la dirección contraria, pero naturalmente no deja de constituir un elemento disonante en el conjunto.

El alcance de la reforma se extiende más allá de lo que se ha dicho hasta ahora: no sólo se introducen mecanismos para evitar la extralimitación del Bund, sino que se recoge un sistema para «reparar» los excesos cometidos por este. En efecto: teniendo en cuenta la actual redacción del art. 72.2, muchas de las leyes federales dictadas al amparo de la versión anterior resultan ahora inadecuadas por no cumplir con las nuevas exigencias de aquél. Y se ha querido aprovechar la reforma para expurgar algunas de las leyes más expansivas, dando la posibilidad al Bund de que declare que ciertos ámbitos ocupados por él mismo para conseguir aquella «uniformidad» serán devueltos a los Länder a fin de que estos puedan volver a dictar normas sobre ellos (vid. arts. 72.3 y

(19) Vid. sobre ello DEGENHART: *Ob. cit.*, pág. 1224.

(20) Vid. C. CALLIESS: «Die Justitiabilität des Art. 72 Abs.2 GG vor dem Hintergrund von kooperativem und kompetitivem Föderalismus», *Die öffentliche Verwaltung*, 21, 1997, pág. 889.

(21) Calliess subraya como consecuencias de la expansión del federalismo cooperativo la pérdida de ámbitos de actuación propios e incluso de estatalidad de los Länder, el vaciamiento parcial de las funciones de los Parlamentos de los Länder, y la carencia de efectividad que comporta tener que sumar todas las voluntades para tomar ciertas decisiones que habrán de afectar a todo el Estado y que hubieran podido tomar los Länder individualmente. Vid. CALLIESS: *Ob. cit.*, pág. 890.

125 a. GG). Se tiene que dejar constancia, con todo, de que esta posibilidad de «marcha atrás» (*Rückübertragung*) es para el Bund plenamente voluntaria (22) y no ha sido utilizada en la práctica.

Las causas de ello pudieran ser diversas: la natural aversión del Bund a perder ámbitos de regulación si la Constitución no le obliga a ello; el vacío normativo que podría provocar la derogación de normas del Bund si no iba seguida de una correlativa normativa de los Länder, e incluso, a decir de algunos autores, que muchas de las cuestiones que afectan a la unidad económica o a la uniformidad de las condiciones de vida han pasado a la competencia de la Unión Europea, y ahora sólo resta el aspecto de participación en la toma de decisiones y el de la ejecución, pero no ya el de regular extensamente la materia de que se trate (23).

El efecto de la reforma de 1994 fue menor del esperado: no se aprovechó la mencionada posibilidad de devolver ámbitos a los Länder, ni estos acudieron con la frecuencia e intensidad que se esperaba ante el TCF a fin de corregir excesos competenciales del Bund en uso de las competencias derivadas del art. 72. Parecía así como si aquellos se hubieran conformado con poder disponer, a modo de instrumento disuasorio, de la nueva posibilidad de impugnación. Por ello pudieron concluir autores como Neumeyer que la nueva versión del art. 72 comportaba simplemente para el Bund una mayor obligación de motivación de sus normas, al tiempo que se mostraba escéptico con el futuro papel del TCF (24). Como se verá a continuación, no obstante, éste, tras un período de reticencia, ha hecho finalmente un esfuerzo por extraer las debidas consecuencias de la reforma de 1994 y establecer

(22) Así lo remarca entre otros DEGENHART: *Ob. cit.*, págs. 1219 y 1229.

(23) En cuanto a esto, la doctrina ha recordado que, en materia económica y de consecución de aquella «Wirtschaftseinheit» (unidad económica) que la anterior versión del art. 72.2 propugnaba, muchas competencias del Bund han pasado a las instituciones comunitarias, de manera que el nuevo art. 72.2 no puede abarcar todo aquello que abarcaba el anterior antes de la entrada de Alemania en la Unión Europea, o antes del Acta Única o Maastricht. Schmidt, por ejemplo, es taxativo (y quizás incurre en ciertos excesos) al decir que en materia de consecución de la unidad económica dentro de Alemania el artículo 72.2 ya no tiene nada que decir, dado que toda competencia en esta materia ha pasado a la UE, y que el «mantenimiento de las condiciones de vida» no es posible como competencia del Bund dentro de la Unión Europea. Vid. G. SCHMIDT: «Die neue Subsidiaritätsprinzipregelung des Art. 72 GG in der deutschen und europäischen Wirtschaftsverfassung», en *Die öffentliche Verwaltung*, 16, 1995, págs. 657-668.

(24) Sostenía el autor que los términos de la nueva versión aún no son lo suficiente restrictivos como para forzar un cambio jurisprudencial y, además, en su opinión el TCF no puede ponerse en el lugar del legislador, de modo que su control sería, a su juicio, más bien un control de evidencia, un control ante casos extremos. Vid. C. NEUMEYER: «Geschichte herramientas Irrläufers...», *ob. cit.*, pág. 562.

claramente la plena justiciabilidad del art. 72 GG, con todas las consecuencias que ello conlleva.

3. LAS BASES DEL CONTROL POR PARTE DEL TCF DE LOS PRESUPUESTOS DE LA LEGISLACIÓN CONCURRENTES Y MARCO

3.1. *Objeto de la sentencia*

El Tribunal ha establecido dichas bases o criterios por primera vez en su sentencia de 24 de octubre de 2002 (2 BvF 1/01) que resolvía el recurso interpuesto por el Gobierno de Baviera contra la ley que regulaba las profesiones relacionadas con el cuidado de los ancianos (Altenpflegegesetz) (25).

La ley pretendía dotar a las profesiones de cuidador de ancianos y de auxiliar de cuidador de ancianos de una regulación común en el conjunto del territorio federal, y hacer dichas profesiones más atractivas habida cuenta del déficit de trabajadores que padecen las mismas en comparación con la demanda existente. En opinión del Bund, la divergencia normativa existente en esta materia entre los diferentes Länder, y el hecho de que no estuviera asegurado un nivel de formación común a lo largo de todo el territorio en estas profesiones, eran factores que dificultaban que éstas fueran percibidas como atractivas. El Land de Baviera, en cambio, no consideraba cumplidos los presupuestos del art. 72.2 ni entendía posible la invocación del título competencial del art. 74.1.19 GG (referido entre otras materias a la «admisión a profesiones medicas y sanitarias»).

3.2. *El examen de la cuestión por parte del TCF*

3.2.1. *Introducción*

La sentencia, por su parte, concluyó que el Bund era competente, *ex art. 74.1.19*, para regular la profesión de cuidador de ancianos pero no la de auxiliar de cuidador de ancianos, que no podía ser incluida entre las profesio-

(25) La Ley de 17 de noviembre de 2000 (Bundesgesetzblatt I, 1513), también modificaba la ley reguladora de la atención a los enfermos (Krankenpflegegesetz). A solicitud del Gobierno bávaro, el Tribunal decidió, en resolución de 22 de mayo de 2001, confirmada por otras de 7 de noviembre del mismo año y 29 de abril de 2002, suspender la entrada en vigor de la ley impugnada (prevista para el 1 de agosto de 2001) hasta que se dictara sentencia.

nes médicas y sanitarias a las que el título se refiere, razón por la cual los preceptos de la ley correspondientes a la regulación de esta cuestión fueron declarados inconstitucionales. Lo que a efectos de estas páginas interesa, sin embargo, es conocer cómo el Tribunal determinó si la ley cumplía o no con alguno de los presupuestos del art. 72.2, pues fue en este marco en el que el Tribunal realizó un análisis detallado de este precepto estableciendo de modo claro su justiciabilidad.

3.2.2. *La afirmación de la justiciabilidad del art. 72.2 GG*

La afirmación de dicha justiciabilidad resulta rotunda: «no hay un margen de apreciación del legislador, respecto de los presupuestos del art. 72.2, que esté libre del control del TCF» (26). Se rompe así con la tradicional línea jurisprudencial de renuncia a dicho control. «Sólo puede ser tenida en cuenta la posición de la norma en el sistema constitucional, su sentido y la voluntad del constituyente», prosigue el TCF refiriéndose al mencionado precepto, «si sus presupuestos no pueden ser determinados subjetivamente por el mismo cuya competencia ha de ser limitada [por el art. 72.2]» (27). En definitiva: dejar en manos del ente limitado la interpretación de la norma limitadora supondría, como así ha sido desde el principio, vaciar de contenido la finalidad de la misma y hacer ilusorio su propósito de servir como herramienta de ordenación de la distribución competencial en las materias objeto de competencia marco y concurrente.

El propio TCF reconoce que su jurisprudencia ha contribuido tradicionalmente a ese efecto indeseado: la necesidad de la intervención del Bund, indica, ha sido objeto únicamente de un «control limitado» y la jurisprudencia constitucional no ha atribuido ninguna función limitadora al precepto, que por el contrario ha devenido un «motor de la unificación» (28).

El TCF constata, así, que la reforma de la GG en 1994 ha supuesto, frente a este estado de cosas, un cambio radical: el constituyente ha querido claramente dotar a la cláusula de necesidad del art. 72.2 de justiciabilidad, y no dejar por tanto al legislador federal ningún ámbito de discrecionalidad carente del control jurisdiccional del TCF (29). Éste, por consiguiente, debe controlar el respeto debido a los presupuestos del art. 72.2 y ello se deriva clara-

(26) Vid. FJ. C.II.1.

(27) Ídem.

(28) Vid. FJ. C.II.2.

(29) Vid. FJ. C.II.4.a).

mente, por otra parte, del hecho de que en 1994 se haya introducido un nuevo procedimiento en el art. 93.1.2A GG destinado a obligar al TCF a controlar el respeto al art. 72.2 (30).

3.2.3. *El significado de los presupuestos del art. 72.2 GG*

El Tribunal examina los cambios introducidos en el precepto en 1994, constata que la finalidad de los mismos es «garantizar en mayor medida el respeto a las particularidades de los Länder» (31), y entra a analizar cada uno de los conceptos que estructuran dicha norma.

A) *La creación de condiciones de vida equivalentes*

En cuanto a la creación de condiciones de vida equivalentes, el Tribunal concluye que no basta con que una norma federal pretenda mejorar las condiciones de vida a lo largo del territorio para que pueda ser dictada. Tampoco es correcto considerar que por el hecho de entrar en vigor una ley federal ello produzca dicha equivalencia de las condiciones. En realidad, el cumplimiento de este primer presupuesto exige mucho más.

En concreto, expone el Tribunal que sólo podrá considerarse cumplido este presupuesto del art. 72.2, y podrá por tanto el Bund dictar normas, cuando dichas condiciones de vida se vean amenazadas a nivel federal porque «se haya producido una diferencia considerable de las mismas entre los diversos Länder que resulte dañosa para la estructura social federal, o cuando se pueda prever que va a darse dicha diferenciación considerable» (32).

Como se ve, el Tribunal intenta concretar mucho más cuándo concurrirá el presupuesto habilitante para el Bund, evitando el automatismo que encerraban las interpretaciones que hemos visto que rechaza, pero al mismo tiempo, al admitir también el cumplimiento del presupuesto en aquellos casos en que pueda preverse una ruptura futura de las condiciones de vida equivalentes a lo largo del territorio en un ámbito material determinado, introduce un elemento de incertidumbre tanto en la determinación por el Bund de la concurrencia de ese peligro como en el control posterior de esta decisión interpretativa.

(30) Vid. FJ. C.II.4.b).

(31) Vid. FJ. C.II.5.a).

(32) Vid. FJ. C.II.5.a).

B) *El mantenimiento de la unidad jurídica*

El Tribunal parte claramente de la base de que la diversidad de posiciones jurídicas de los ciudadanos es una consecuencia necesaria del federalismo y que por ello el concepto de mantenimiento de la unidad jurídica no puede llevar a considerar que siempre que el legislador federal emita una norma se está cumpliendo con dicho presupuesto, porque se regula algo de modo idéntico para todo el territorio (33). Al contrario: la variedad normativa en una materia entre los diversos Länder permitirá al Bund legislar amparado en este presupuesto del art. 72.2 sólo cuando dicha variedad produzca un «fraccionamiento jurídico de consecuencias problemáticas» (34) que no pueda ser aceptado «ni desde el punto de vista de los intereses del Bund ni del de los Länder». Debe haber sido lesionado, pues, el bien jurídico de la unidad jurídica del Estado, entendido como bien que permite conservar una comunidad jurídica capaz de funcionar. Y pone el Tribunal como ejemplos de esa ruptura la hipótesis de que las normas en materia de estado civil fueran distintas de Land en Land de manera que el matrimonio y su celebración fueran diversos de un Land a otro, o la de que las normas de enjuiciamiento fueran sustancialmente distintas a lo largo del territorio de modo que la tutela judicial variase de igual modo de un Land a otro (35).

Fuera de este tipo de casos, pues, los arts. 74 y 75 disponen la existencia de pluralidad normativa en las materias que enumeran, y sólo cuando de ello se pudiera derivar «una notable inseguridad jurídica y con ello obstáculos intolerables al tráfico jurídico entre Länder», el Bund estaría autorizado a dictar normas federales (36).

C) *El mantenimiento de la unidad económica*

En tercer lugar, analiza el TCF el último de los presupuestos del art. 72.2. A semejanza de lo que hiciera con el anterior, éste se liga con la conservación

(33) Vid. FJ. C.II.5.b) y C.II.5.b).aa).

(34) Critica el uso de estos términos Rau, por considerar que incurren en idéntica indeterminación que los que la reforma de 1994 intentó desterrar en el art. 72.2, y duda de su utilidad para fundamentar un control eficaz por parte del Tribunal en el futuro. Vid. M. RAU: «Subsidiarity and Judicial Review in German Federalism: the Decision of the Federal Constitutional Court in the Geriatric Nursing Act Case», *German Law Journal*, vol. 4, núm. 3, pág. 234.

(35) Vid. FJ. C.II.5.b).aa).

(36) Ídem.

de la «capacidad de funcionamiento del espacio económico de la República Federal» (37). Tiene esta unidad económica elementos en común con la jurídica (no pocas materias de las contenidas en los arts. 74 y 75 guardan relación con la unidad económica, y por otra parte ésta se ve favorecida por la unidad jurídica) pero al mismo tiempo posee una entidad propia y la Constitución quiere, al mencionarla, habilitar al Bund para legislar en caso de «efectos amenazadores o inaceptables para la política económica derivados de la variedad jurídica o de la falta de regulación de los Länder» (38).

Así, los Länder pueden, igual que el Bund, regular materias económicas, pero las diferencias entre las normativas de los Länder pueden «crear barreras y límites al tráfico económico en el ámbito federal e incluso distorsionar el reparto del potencial económico (humano y material)» (39). En segundo lugar, «también diferencias de hecho entre los Länder pueden perjudicar en notable medida al conjunto de la economía» (40). En estos casos, la intervención del Bund está justificada.

Como se ve, la referencia no sólo a diferencias normativas sino además a diferencias de hecho abre igualmente un espacio de incertidumbre por cuanto por esa vía pudieran ensancharse bastante las posibilidades de actuación del Bund, igual que sucedía cuando al tratar del primer presupuesto el TCF se refería a futuras divergencias en las condiciones de vida.

3.2.4. *El modo de controlar el respeto de la norma a los presupuestos del art. 72.2 GG. En particular, el control de la proporcionalidad de la intervención del legislador y del pronóstico de éste sobre hechos futuros*

Definidos los diversos presupuestos, debe controlarse en toda ley dictada al amparo de alguno de ellos si verdaderamente el invocado concurre. Para ello da el TCF una serie de reglas a observar por él mismo en el futuro.

En primer lugar, se trata de conceptos jurídicos indeterminados, por lo que, indica el TCF, su control es amplio y va más allá de un mero control relativo a si está justificada o es plausible la cita del presupuesto de que se trate (41).

(37) Vid. FJ. C.II.5.b).bb).

(38) Ídem. Puede darse por reproducida la crítica de Rau antes citada, que extiende también a términos como estos. *Ob. cit.*, pág. 234.

(39) Ídem.

(40) Ídem.

(41) Vid. FJ. C.II.6.a).

Por otra parte, prosigue el Tribunal, no debe mirarse sólo la finalidad perseguida por el legislador, pues en tal caso éste podría determinar en la práctica libremente de qué forma valerse del artículo estudiado. Hay que atender por ello también a «los efectos que vaya a producir la ley, en la medida en que estos sean reconocibles y puedan calcularse o determinarse de antemano». Naturalmente estamos hablando de previsiones futuras, donde siempre habrá un elemento de inseguridad, y por ello bastará con poder determinar «si con ayuda de la ley pueden ser alcanzados los objetivos perseguidos por el legislador» (42).

Determinado que esto sea así, hay que dar un segundo paso, consistente en comprobar si la medida en que el legislador federal entra en el espacio que, de otro modo, hubieran podido regular los Länder, es adecuada: «El artículo 72 (...) impone al Bund realizar la menor intervención posible en el ámbito de competencia legislativa de los Länder» (43). Claro que en esto el TCF reconoce un cierto margen de maniobra al legislador federal: cuando su norma «ha superado el obstáculo del art. 74.1 [es decir, se fundamenta en alguno de los títulos competenciales del precepto] y es necesaria para la protección de los bienes jurídicos del art. 72.2 GG (...) sólo pueden ser eliminadas partes de la misma por tener un excesivo detalle si la finalidad global y los efectos de la norma no son con ello puestos en peligro» (44).

Por último, no hay competencia del Bund en aquellos casos en que las normas de los Länder ya consigan en la actualidad por sí solas la protección de los bienes jurídicos cuya tutela pretende el art. 72.2.

De todo lo dicho el control corresponde al TCF. Para ello, como se ha visto, corresponderá al Tribunal valorar hechos tanto actuales como futuros, y por ello el veredicto de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley dependerá también en buena medida de que ésta pueda basarse en una fundamentación fáctica correcta o por el contrario el legislador haya hecho una valoración errónea o insuficiente de tales hechos. E incluso en el caso en que el legislador adelante circunstancias futuras (como se ha visto antes, el Tribunal no excluía esta circunstancia), ello debe hacerlo basándose en hechos presentes, que el Tribunal examinará. Por ello, porque «los juicios sobre el

(42) Vid. FJ. C.II.6.a).

(43) Vid. FJ. C.II.6.b) aa).

(44) Ídem. Calliess critica esto por considerarlo una prerrogativa reconocida al Bund que no es coherente con un efectivo control de la actividad legislativa de éste, control que también ha de incluir el examen de si el grado o medida de la intervención del Bund (y la correlativa pérdida competencial de los Länder) está justificada. Vid. C. CALLIESS: «Kontrolle zentraler Kompetenzausübung...», *ob. cit.*, págs. 193-194.

futuro se fundan sobre la observación de hechos [actuales] que están sometidos a examen y evaluación» habrá que examinar si «el legislador ha basado su norma en indagaciones lo más completas posibles o ha considerado las circunstancias y hechos relevantes».

En definitiva: «en la medida en que la incertidumbre de un pronóstico de futuro pueda ser eliminada a través de datos empíricos y principios de experiencia fiables, queda excluido todo margen de prognosis [del legislador]» (45).

Pero dicha eliminación no siempre puede llevarse a cabo, y no será infrecuente que el legislador, al valorar la necesidad de su norma en atención al art. 72.2 GG, deba realizar un pronóstico sobre hechos futuros en el que no se pueda eliminar todo margen de incertidumbre del modo descrito. En tales casos sí que reconoce el TCF al legislador un margen de apreciación para realizar su pronóstico o margen de prognosis (*Prognoseesspielraum*) que hará que asuma un cierto riesgo al tener que valorar lo que aún no ha sucedido. El legislador «debe poder correr ese riesgo, sin temer por ello un juicio negativo» del Tribunal Constitucional (46).

¿En qué medida es admisible ese margen de apreciación? Ante todo debe exigirse al legislador que atienda a los presupuestos empíricos y normativos bajo los que su norma ha de dictarse, pero no puede darse a esta pregunta una respuesta única y general, sino que habrá que ir caso por caso considerando cada situación, y realizando una valoración global que atienda al sector material específico de la norma y los intereses a proteger (47).

El TCF, finalmente, sistematiza sus afirmaciones anteriores señalando que en el juicio de constitucionalidad de una ley federal a la luz del art. 72.2 GG se deberán atender los siguientes aspectos:

— que el pronóstico hecho por el legislador se funde sobre hechos que hayan sido cuidadosamente evaluados o que en el marco del examen jurisdiccional sea posible controlar.

— que se haya seguido un procedimiento adecuado desde el punto de vista metodológico para realizar el pronóstico, y que tal procedimiento haya sido seguido de modo correcto.

Y el resultado de esa prognosis debe ser controlado por el TCF examinando éste si los puntos de vista que constituyen la base del pronóstico realizado han sido expuestos con la suficiente claridad, si su exposición es posible

(45) Vid. FJ. C.II.6.c).

(46) Ídem.

(47) Ídem.

controlarla por parte del TCF y si en la elaboración del pronóstico se ha desechado toda consideración o razonamiento no pertinente (48).

Por tanto: cuando el legislador considere que puede dictar una norma porque la equivalencia de las condiciones de vida ha quebrado o puede hacerlo en el futuro; o porque la unidad jurídica está rota a causa de la diversidad normativa existente en una materia; o porque la unidad económica se quiebra ya que la diversidad de regulaciones en un subsector concreto puede crear barreras al tráfico económico o distorsionar el reparto del potencial económico, o bien porque se dan determinadas diferencias de hecho entre los Länder que pueden perjudicar al conjunto de la economía, en todos estos casos, en definitiva, el legislador habrá hecho para llegar a estas conclusiones una valoración del presente o un pronóstico de lo que va a ocurrir en el futuro. Y en esta tarea, como se ha visto, no se halla exento de control jurisdiccional, sino que, en los términos descritos, el TCF afirma su competencia para controlar la actuación del legislador federal y su respeto a los presupuestos del art. 72.2 GG. Cómo lo haya hecho en la práctica a partir de esta sentencia de 2002 es la siguiente cuestión que hay que analizar.

4. LA APLICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL (49)

4.1. *El caso de la Altenpflegegesetz en la propia sentencia de 2002*

4.1.1. *Planteamiento del problema*

Como se ha avanzado, el Gobierno de Baviera afirmaba la inconstitucionalidad de la ley por falta de competencia del Bund para dictarla. El núcleo de su argumentación era que el Bund no podía fundamentar la norma en el título del art. 74.1.19 GG («(...) admisión a profesiones medicas y sanitarias

(48) Ídem. En la doctrina, Calliess ha sistematizado también los criterios que debería seguir el TCF para controlar el margen de prognosis del legislador, distinguiendo entre límites inmanentes de dicho margen y límites externos. Entre los primeros hay que controlar si ha habido fallos en el procedimiento escogido para realizar la prognosis, si dicho procedimiento es adecuado, si se ha aplicado de modo congruente, si las bases sobre las que se asienta son las correctas, si hay algún déficit en la fundamentación del resultado, y si ha habido arbitrariedad en la prognosis. Como límites externos fija el autor el respeto a los criterios que enuncia el art. 72.2 (creación de condiciones de vida equivalentes, mantenimiento de la unidad jurídica y económica). Vid. C. CALLIESS: «Kontrolle zentraler Kompetenzausübung...», *ob. cit.*, pág. 189.

(49) El examen de la jurisprudencia realizado alcanza hasta principios de julio de 2005.

(...))» (50). Independientemente de lo anterior, tampoco se darían según el recurrente los presupuestos que el art. 72.2 GG impone al Bund para poder dictar normas en las materias de los arts. 74, 74A y 75 GG (51).

Frente a estas argumentaciones, el Gobierno alemán centró las suyas en defensa de su norma en: *a*) afirmar la necesidad de interpretar el título del art. 74.1.19 en sentido amplio (52); *b*) sostener que la nueva versión del art. 72.2 no es aún lo suficientemente precisa como para permitir una delimitación clara del alcance de las competencias concurrentes del Bund y un control jurisdiccional del TCF que vaya más allá de un «control de evidencia», y por tanto un control limitado; es decir, el TCF podría controlar si el legislador del Bund ha «ignorado en lo fundamental el significado de los presupuestos constitucionales» del art. 72.2 o ha «fallado de modo inequívoco» en la determinación de cuál era su ámbito normativo, pero nada más (53); *c*) por último, justificar el respeto a los presupuestos del art. 72.2 GG (54).

4.1.2. *Control del Tribunal*

Ya se ha visto cómo el Tribunal no aceptó de ningún modo la invocación del Gobierno alemán en relación con la presunta imprecisión del art. 72.2 GG

(50) Pues el cuidado de ancianos, en opinión del gobierno bávaro, no es una profesión ni médica ni sanitaria, pues no tiene a diferencia de éstas como objeto inmediato (sino, como mucho, como fin mediato) el cuidado destinado a la sanación de enfermedades, en definitiva el restablecimiento de la salud. Vid. FJ. B.I.1.a) *aa*). Igualmente se aduce que no se regula en la ley la admisión a una profesión sino la formación necesaria para poder ser posteriormente autorizado a ejercer. Vid. FJ. B.I.1.b) *aa*).

(51) Pues no se sirve al mantenimiento de condiciones de vida equivalentes en el sentido en que el art. 72.2 se refiere a éstas, no se contribuye directamente al mantenimiento de la unidad económica pues la regulación de la formación en una profesión determinada es algo que tiene un contenido de carácter esencialmente no económico, y por último no hay necesidad de unificar la regulación en este ámbito pues las diversas normas de los Länder ya lo regulan adecuadamente. Vid. FJ. B.I.4.

(52) De modo que la referencia a las profesiones médicas y sanitarias comprendiese a todas aquellas cuya finalidad fuera auxiliar a las personas, y no sólo en caso de enfermedad. Afirmó el Gobierno en cualquier caso la vinculación de las profesiones reguladas con el ámbito sanitario. Vid. FJ. B.II.1.a).

(53) Vid. FJ. B.II.5.a).

(54) Indicando que la ley pretende equiparar las condiciones de vida de los alemanes en el concreto sector que regula, que se contribuye al mantenimiento de la unidad jurídica, y que en la medida en que el art. 72.2 se refiere al mantenimiento de la unidad jurídica o económica «en interés de la totalidad del Estado», dicho interés sólo a través del Bund puede ser determinado y protegido. Vid. FJ. B.II.5.b).

y la consiguiente restricción de las facultades de control del TCF que se pretendía derivar de ello. Igualmente se ha indicado ya que interpretó el título del art. 74.1.19 de un modo amplio (aunque no tanto como el Bund quería). Pero para utilizar este título o cualquier otro de los enumerados en los arts. 74, 74.A y 75, el Bund ha de acreditar que concurre alguno de los presupuestos del art. 72.2, y esto es lo que el TCF procedió a analizar, una vez sentados los principios sobre el mismo que se han expuesto en el anterior apartado.

Por lo que se refiere a la creación de condiciones de vida equivalentes, el Tribunal constata que la ley tiene como uno de sus fines esenciales elevar los estándares de formación en el ámbito del cuidado de los ancianos, y mejorar la deficitaria calidad de dicho cuidado en el ámbito federal. Esto, naturalmente, podría contribuir a una equiparación del nivel de las prestaciones en este ámbito y, con ello, de las condiciones de vida (55).

Pero no basta, dice el Tribunal, con querer mejorar las condiciones en ese sector para que quepa entender cumplido el primer presupuesto del art. 72.2 GG: se requiere, además, que con la ley «se pueda contrarrestar un desarrollo dispar (*Auseinanderentwicklung*), ya constatado o que amenaza con producirse, de las condiciones de vida de los necesitados de cuidados en el territorio federal» (56). La pluralidad de normativas de los Länder (o la ausencia de las mismas en algunos de ellos) debe arrojar como resultado la existencia de una clara divergencia en las condiciones de vida de un Land a otro, que la presente ley sea capaz de venir a remediar. Mas el Tribunal constata que una divergencia tal no ha sido probada en el recurso ni la observa el propio Tribunal: las diferencias detectadas, dice éste, no son tan importantes como para considerar cumplido el primero de los presupuestos del art. 72.2 GG. Y tampoco los pronósticos que puedan hacerse sobre la evolución futura de la situación permiten llegar a otra conclusión distinta a ésta (57).

A continuación pasa el Tribunal a determinar si la ley cumple o no con el segundo requisito, y la conclusión a la que se llega es igualmente negativa. Ello es así porque la pluralidad jurídica como tal, dice el Tribunal, no habilita al Bund para dictar una normativa única, a menos que la unidad jurídica considerada globalmente esté amenazada, lo que en este caso no sucede. Que las normas de los Länder en materia de formación de cuidadores de ancianos organicen ésta de diverso modo «no afecta a los intereses de los Länder vecinos o del propio Bund, sino que [dicha diversidad] debe ser considerada como

(55) Vid. FJ. B.II.7.A.

(56) Ídem.

(57) Ídem.

una expresión de la pluralidad federal» (58). Así pues, no basta con la variedad de regulaciones, sino que éstas deben provocar un perjuicio constatable para la unidad jurídica del Estado globalmente considerado que a su vez afecte a los intereses de los propios Länder o del Bund, lo que en este caso el Tribunal no entiende que concurra.

Otra es, sin embargo, la conclusión a que se llega al examinar el presupuesto del mantenimiento de la unidad económica. Vuelve el Tribunal a recordar que la finalidad de la norma es hacer más atractiva la profesión cuya formación regula, y mejorar la movilidad de los trabajadores de ese sector en el conjunto del territorio federal e incluso en el ámbito de la Unión Europea, de manera que se pueda paliar la escasez de mano de obra en este ámbito en aquellas partes de Alemania donde es más acuciante hacerlo. Ello, además, se quiere hacer dotando de un alto nivel de preparación a las personas que se formen en dicha profesión (59).

La ley, pues, persigue «unificar la formación en una profesión y con ello mejorar igualmente los presupuestos de la movilidad profesional y las condiciones básicas de ejercicio de dicha profesión» (60). Constata el Tribunal además la existencia de numerosos informes en que el legislador federal se ha basado para determinar la necesidad de perseguir dicho objetivo. Además, las leyes de los Länder que hasta ahora regulan la formación en este sector «no poseen perfiles claros. Si bien contienen una idea nuclear del contenido de la profesión, (...) en la concreción de éste (...) existen notables diferencias de una a otra, lo que dificulta la posibilidad de hacerse una idea clara del contenido de dicha profesión» (61). Las diferencias existentes en los estándares de formación previstos en cada Land y la inexistencia de una imagen global de la profesión en el conjunto del territorio perjudican a las personas que la ejercen, que hallan dificultades en el mercado laboral (62). Los acuerdos firmados por los Länder en 1985 para paliar esto se han demostrado ineficaces, y la ley federal es, en definitiva, necesaria desde el punto de vista del tercer presupuesto del art. 72.2 GG. Constituye la norma, concluye diciendo el Tribunal, una pieza central dentro de las medidas para mejorar el acceso y las condiciones de esta profesión, fortalece su actuación en el mercado y contribuirá a elevar la oferta frente a la creciente demanda en este sector (63).

(58) Vid. FJ. B.II.7.b) bb).

(59) Ídem.

(60) Vid. FJ. B.II.7.b) aa).

(61) Vid. FJ. B.II.7.b) cc) 1.

(62) Ídem.

(63) Vid. FJ. B.II.7.b) cc) 2.

Como se ve, el TCF concluye que se ha respetado el art. 72.2, pero lo hace tras un minucioso examen del que se deriva la concurrencia de uno de los tres presupuestos de la misma, lo que permite salvar la norma del Bund. No se opta, como tradicionalmente, por la aceptación acrítica de ésta y la renuncia al control del respeto del art. 72.2, y se marca en esta sentencia el camino que seguirán las posteriores (64).

4.2. *El caso de la ley sobre perros peligrosos: sentencia de 16 de marzo de 2004*

4.2.1. *Planteamiento del problema*

La sentencia 1 BvR 1778/01, de 16 de marzo de 2004 tuvo como objeto el recurso de amparo interpuesto por 53 personas contra la *Gesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde* (ley de represión de perros peligrosos) de 12 de abril de 2001 (65). Dicha ley, dictada tras la muerte en Hamburgo de un niño atacado por dos perros, tenía como objeto prohibir la tenencia, crianza y comercio de determinadas razas de perros, que la ley enumera, así como dar cobertura a la prohibición de cualesquiera otras razas que pudiera dictar un Land. La normativa de los Länder existente hasta el momento era muy dispar entre sí y, además, en muchos casos de nivel reglamentario y sin cobertura legal adecuada, lo que planteaba problemas adicionales. La ley, además, modificaba otras, entre ellas el Código Penal a fin de introducir, como veremos, un tipo delictivo.

Interesa antes de proseguir señalar que, como se ha dicho, la sentencia es un recurso de amparo. El art. 93.1.4.a) GG otorga legitimación a los particulares y el propio TCF señala, citando su jurisprudencia anterior, que estos pueden plantear recursos de amparo directamente contra leyes cuando «el propio recurrente vea vulnerados inmediata y actualmente sus derechos fundamentales por la ley impugnada». Que se trate del propio recurrente exige que

(64) Sobre la sentencia, puede verse también C. CALLIESS: «Kontrolle zentraler Kompetenzausübung...», *ob. cit.*, págs. 189-194. En la doctrina italiana, E. BUOSO: «L'art. 72, II comma, GG davanti al Bundesverfassungsgericht», *Le Regioni*, 5, 2003, págs. 959-974, y A. GRAGNANI: «Sindacato di costituzionalità e giusto equilibrio fra unità e differenziazione in uno Stato federale (in tema di giustiziabilità della *Erforderlichklausel*)»; puede consultarse en la web del *Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie Massimo Severo Giannini* (ISSIRFA).

(65) En combinación con el art.11 del reglamento sobre perros y protección de animales de 2 de mayo de 2001.

la ley tenga a éste entre sus destinatarios; que la vulneración sea actual requiere que se pueda ver que se está produciendo, y cómo; finalmente, el carácter inmediato se deriva de que la ley sea capaz de modificar la posición jurídica del recurrente sin necesidad de que se dicte un acto de ejecución de la norma (66).

Los recurrentes alegaban vulneración por diversas razones de numerosos derechos, desde el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG), el derecho a elegir libremente la profesión (art. 12.1: téngase en cuenta que parte de los recurrentes eran criadores y vendedores de perros), el de propiedad (art. 14.1 GG), el principio de igualdad (art. 3.1 GG, en tanto que afirmaban que se trataba de modo desigual a los propietarios de perros en función de la raza de estos) e incluso la inviolabilidad del domicilio (art. 13 GG, por los controles en éste que la ley preveía). Frente a ello, no sólo el Gobierno Federal sino también el de Baviera intentaron fundamentar que la ley federal era plenamente constitucional. El TCF consideró sólo inconstitucional, por vulnerar los derechos de los arts. 12.1 y 14.1 GG, la redacción que el art. 2 de la ley daba al art. 11.B.2.a.II de la ley de protección de animales y con ello al art. 11 de su reglamento y, lo que interesa a nuestros efectos, también consideró contraria a la Constitución la modificación que el art. 3 de la ley hacía del art. 143.1 del Código Penal, considerando que no cumplía con los presupuestos del art. 72.2 GG.

4.2.2. *Control del Tribunal*

La modificación pretendida perseguía castigar con pena de hasta dos años de cárcel o multa a quienes vulnerasen la prohibición impuesta por una norma de un Land de dedicarse a la crianza o al comercio de una determinada raza de perro. Igualmente se castigaría a quien poseyera uno de estos perros sin el correspondiente permiso. En definitiva, se ligaba a la prohibición realizada por un Land una pena dispuesta por el Bund.

El legislador federal invocaba como título competencial el del art. 74.1.1 GG, una de cuyas materias es el Derecho Penal. Materia, naturalmente, de competencia concurrente, por lo que el Bund no puede legislar sobre ella si no es cumpliendo previamente alguno de los presupuestos del art. 72.2 GG.

Recuerda el TCF, con cita de abundante jurisprudencia, que le es permitido al Bund anudar una pena a la vulneración de una norma de un Land «en la

(66) FJ. B.I.1.

medida en que el legislador federal no esté en realidad regulando él mismo la materia sujeta a competencia del Land» (67) y que en cualquier caso ha de respetar además lo dispuesto por el art. 72 GG.

Y ocurre en cuanto a esto que los presupuestos de este precepto no se cumplen a juicio del TCF en el caso examinado. La finalidad del artículo es sancionar vulneraciones de normas de los Länder. Sucede, sin embargo, que éstas son muy dispares entre sí, con lo que la norma penal ninguna unidad jurídica en el ámbito federal puede conseguir. Para que ello fuera así, «las normas de los Länder tendrían que concordar en lo sustancial, pero no es éste el caso» (68).

Muy al contrario: el concepto de perro peligroso no se halla definido de modo unitario; hay normas en algunos Länder que contienen listas de razas; otras que se dedican a razas concretas, y ni siquiera la crianza y comercio de perros peligrosos está prohibida en todos los Länder (69). A consecuencia estas diferencias, el art. 143.1 CP no podría sino «operar desigualmente a lo largo del territorio federal, y las divergencias entre Länder se extenderían a todo el territorio. No sólo no se conseguiría unidad jurídica alguna, sino que las desigualdades jurídicas se verían amplificadas» (70). Por ello, concluye el Tribunal, el citado art. 143.1 CP «no puede servir ni para crear condiciones de vida equivalentes a lo largo del territorio federal, ni para lograr la protección de la unidad jurídica o de la económica» (71).

El control realizado por el TCF es muy sintético en este caso (quizá demasiado: vid. FJ. 4) al menos en comparación con el realizado en la sentencia anterior, pero lo relevante es que por primera vez se expulsa una norma del Bund por no cumplir con ninguno de los tres presupuestos del art. 72.2.

4.3. *El caso de la ley sobre cierre de comercios: sentencia de 9 de junio de 2004*

4.3.1. *Planteamiento del problema*

La sentencia 1 BvR 636/02, de 9 de junio de 2004, resuelve un recurso de amparo interpuesto por una empresa contra dos sentencias denegatorias de la

(67) FJ. C.IV.1.a).

(68) FJ. C.IV.1.c).

(69) Ídem.

(70) Ídem.

(71) Ídem.

tutela judicial solicitada, por presunta vulneración de la libertad de empresa, frente a la ley sobre cierre de comercios (*Gesetz über den Ladenschluss*, de 28 de noviembre de 1956, reformada por leyes de 30 de julio de 1996 y de 15 de mayo de 2003).

La ley, en su primera versión, imponía a los comercios la obligación de cerrar dentro de unas franjas horarias determinadas, a fin de proteger el descanso de los trabajadores. Así, por ejemplo, los sábados se debía cerrar a las cuatro de la tarde (si bien se admitía que el primer sábado del mes se cerrara a las seis, a condición de no volver a abrir hasta el lunes a la una del mediodía) y durante la semana se debía cerrar siempre a las seis de la tarde. También se fijaba la hora antes de la cual no se podía abrir por las mañanas. Los domingos y festivos los comercios deberían estar cerrados todo el día. Este régimen un tanto espartano fue suavizado (hasta cierto punto) por la ley de reforma de 1996, y todavía algo más por la ley de 2003, que asimismo enumeró una lista de comercios en los que la ley habilitaba a los Länder a permitir una liberalización total o casi total de horarios. Con todo, fuera de esta lista de comercios, y pese a las sucesivas reformas, persistían lógicamente limitaciones horarias a la apertura de comercios, limitaciones que están en el núcleo de la demanda de la recurrente.

No interesa aquí, lógicamente, entrar a detallar las argumentaciones al respecto, y sí únicamente la parte de la sentencia donde el TCF entra a examinar la competencia del Bund para dictar la ley, pues llega a la conclusión de que, pese a no respetar los presupuestos del art. 72.2 GG, es constitucional por aplicación de lo que dispone el art. 125.A.2.I GG.

4.3.2. *Control del Tribunal*

Como se dijo al principio de estas páginas, la modificación, en sentido restrictivo, de los presupuestos del art. 72.2 GG vino acompañada de otra por la cual se permitía al Bund dar marcha atrás en la regulación de materias objeto de competencia concurrente y marco que hubieran sido reguladas antes de la reforma de 1994 con excesivo detalle (y que por ello no respetarían el art. 72 en su versión post-reforma de 1994) y permitir a los Länder participar en dicha regulación reduciendo la del Bund. Así, el art. 72.3 GG dice desde 1994 que «por ley federal puede determinarse que una regulación legislativa federal que ya no sea necesaria en el sentido del apartado 2, pueda ser reemplazada por la legislación de los Länder».

Mientras tal cosa no sucediese, las normas federales, aun cuando resultasen excesivas a la luz de los nuevos presupuestos del art. 72.2 GG, no se repu-

tarían inconstitucionales sino que seguirían en vigor. El art. 125.A.2 así lo dispone:

«El Derecho que haya sido sancionado sobre la base del artículo 72, apartado 2, en la versión vigente hasta el 15 de noviembre de 1994, sigue vigente como Derecho federal. Por ley federal podrá establecerse que puede ser reemplazado por Derecho de Land. Esto se aplicará por analogía al Derecho federal que haya sido sancionado antes de esta fecha y que de acuerdo con el artículo 75, apartado 2, ya no podría ser sancionado».

Por tanto, queda al Bund la posibilidad de permitir a los Länder que dicten normas que sustituyan a las normas federales anteriores a la reforma constitucional de 1994 y que, si hubieran de ser dictadas bajo los nuevos presupuestos del art. 72.2 GG, no podrían serlo. Pero obsérvese que la norma no es nada precisa sobre si el Bund podrá modificar en el futuro dicha normativa, en qué sentido, con qué límites... Es precisamente esto lo que determinará esta sentencia.

El TCF llega en primer lugar a la conclusión de que la ley sobre cierre de comercios, dictada al amparo de los arts. 74.1.11 (comercio) y 74.1.12 (protección de los trabajadores) no soportaría un examen a la luz del nuevo art. 72.2 GG.

El Tribunal determina que la Ley de 1956 que ahora se analiza no sirve ni a la creación de condiciones de vida equivalentes, ni al mantenimiento de la unidad jurídica o de la económica (72). Nada apuntó a ello durante el proceso de reforma de la ley en 1996 y, recuperando criterios asentados en la sentencia sobre la *Altenpflegegesetz*, el Tribunal considera que ni para mantener la capacidad de funcionamiento de la economía alemana ni para evitar un hipotético fraccionamiento jurídico resulta la ley federal necesaria (73). De hecho, razona el Tribunal, la cantidad de excepciones y de habilitaciones a los Länder introducidas sobre todo en la segunda reforma de la ley en 2003 para que estos permitan, si lo desean, ampliar su horario a una serie de comercios, deja bien a las claras que el propio legislador federal no parece considerar necesaria tal uniformidad.

La norma federal, sin embargo, continúa a juicio del TCF vigente gracias a lo dispuesto en el art. 125.A.2 GG. La sentencia recuerda, en primer lugar, que es imprescindible para que los Länder puedan regular este tipo de ámbitos materiales que el Bund se lo permita expresamente por ley, como ya indi-

(72) FJ. B.I.1.a) aa).

(73) Ídem.

ca el mencionado precepto (74) y, más relevante aún, indica los criterios a seguir para saber hasta qué punto podrá modificar el Bund dicha norma que ahora excede de los parámetros del nuevo art. 72.2 GG.

En concreto, entiende el TCF que «la competencia de reforma del Bund debe ser, habida cuenta de que los presupuestos del art. 72.2 GG no se cumplen, interpretada restrictivamente y limitarse a la conservación de los elementos esenciales de la normativa contenida en la ley. En tal medida puede ser reformada por el legislador federal. Pero para introducir en ella una nueva concepción de lo fundamental de la misma serían competentes solo los Länder, mas únicamente previo permiso contenido en una ley federal» (75). Las reformas de 1996 y 2003, estima el TCF, se limitaron a lo primero (conservación), y por ello la norma federal sigue siendo válida no obstante su inadecuación con el actual art. 72.2 GG.

La doctrina ha hecho notar lo discutible de la solución del TCF, pues supone que el Bund no estará vinculado por el art. 72.2 cuando quiera reformar normas anteriores a 1994 que sigan vigentes gracias al art. 125.A.2, siempre que se limite a «conservar los elementos esenciales» de la norma reformada. Esto plantea dos problemas: en primer lugar, supone en tales casos una derogación del art. 72.2 que en modo alguno dispone el art. 125.A.2. En segundo lugar, el TCF introduce una distinción entre «normas que mantienen los elementos esenciales» de las anteriores y «normas que introducen una nueva concepción en lo fundamental», que resulta altamente problemática y en modo alguno se deriva tampoco del art. 72.2 (76).

4.4. *El caso de los Juniorprofessoren: sentencia de 27 de julio de 2004*

4.4.1. *Planteamiento del problema*

El acceso a la categoría de *Professor*, equivalente a la de catedrático en España, requiere, aparte de estar en posesión del título de doctor, haber superado la *Habilitation*, que en la práctica viene a suponer algo equivalente a la realización de una segunda tesis. La dificultad que conllevaba este sistema y el número de años que por regla general debían emplear los docentes hasta culmi-

(74) FJ. B.I.1.a) bb) 1.

(75) FJ. B.I.1.a) bb) 3.

(76) Vid. sobre todo ello J. F. LINDNER: «Zur Änderungs und Freigabekompetenz des Bundesgesetzgebers nach Art.125.A.II GG», *Neue Juristische Wochenschrift*, 7, 2005, págs. 399-402.

nar dicho itinerario y alcanzar la categoría de *Professor* para así aspirar a ser seleccionado por una universidad (que además no podía ser la suya propia) aconsejaron al legislador federal idear un sistema algo menos complejo y que permitiera a los investigadores consolidarse definitivamente en menos tiempo.

Así, la quinta ley de reforma de la ley básica de escuelas superiores, de 16 de febrero de 2002, introdujo esta nueva categoría de *Juniorprofessoren* cuya duración era de tres años renovables por otros tres, previa evaluación positiva, y que equiparaba a dichos investigadores a los *Professoren* en cuanto a su autonomía investigadora y condiciones laborales, y que les debía permitir, al término de dichos plazos, poder vincularse a una universidad con carácter estable, aunque este aspecto era uno de los más inciertos de la norma. Con todo ello pretendía el legislador al mismo tiempo caminar hacia la supresión de la vía de la habilitación. El problema es que todo esto se hizo en una ley con un grado de detalle tal que el TCF estimó que excedía de lo que es propio de una norma básica, y que tampoco se cumplían los requisitos del art. 72.2 GG.

4.4.2. *Control del Tribunal*

Los títulos en los que se basó la ley fueron el del art. 75.1.1 y el del art. 75.1.1.A. Así, según establece el art. 75.1, en las condiciones establecidas en el artículo 72, la Federación tiene el derecho a dictar disposiciones marco para la legislación de los Länder en las materias siguientes: «(...) 1 a) principios generales de la enseñanza superior».

La normativa que el Bund dicte estará sometida, como recuerda el TCF, a cuatro límites (77): ha de responder al carácter limitado que toda norma marco ha de tener (78); no puede descender a regulaciones de detalle o de aplicación inmediata salvo en casos excepcionales, por disposición del art. 75.2 GG (79);

(77) FJ. B.I.

(78) El Tribunal realiza un análisis cuidadoso del significado de la legislación marco, y de la obligación del legislador federal de dejar «un ámbito de libertad sustancial» [FJ. B.I.1.b.bb)] para que estos puedan, en uso de su autonomía política, dictar sus propias normas. El ámbito de actuación de los Länder, por tanto, ha de ser «de peso sustancial» (Ídem) sin que se les pueda constreñir a optar entre muy escasas posibilidades prefijadas por el Bund o se les pueda confinar a ejecutar la normativa de éste [FJ. B.I.1.b.dd)].

(79) Art.75.2 GG: «Sólo excepcionalmente las disposiciones marco podrán entrar en detalles o contener regulaciones de aplicación inmediata». La concurrencia de las circunstancias excepcionales que menciona el art. 75.2 GG y que podrían ampliar el detalle de la normativa del Bund ha de justificarse especialmente, dice el TCF, lo que en el caso de la norma analizada no concurre (FJ. B.I.2).

ha de respetar los presupuestos del art. 72.2 GG; e igualmente se ve limitada por el hecho de que el art. 75.1.1A sólo da competencia al Bund para regular los principios.

En lo referido al art. 72.2 GG, la sentencia reproduce detalladamente los criterios sentados por la sentencia relativa a la *Altenpflegegesetz*, y examina la norma impugnada. En unas pocas líneas excluye que contribuya a la creación de condiciones de vida equivalentes o al mantenimiento de la unidad jurídica. Ni existe una situación de diversidad jurídica tal que justifique una norma como la examinada, ni una diversidad tan grande de condiciones de vida en el aspecto tratado (80). Algo más se detiene en el tercero de los presupuestos, el relativo a la unidad económica.

En cuanto a éste, ciertamente la norma del Bund pretende asegurar unas posibilidades de acceso a la categoría de *Juniorprofessor* iguales en todo el territorio, garantizando al mismo tiempo posibilidades reales de movilidad entre universidades. Pero la finalidad declarada por el legislador no es la de mantener la unidad económica, que como mucho sería una finalidad mediata, sino la de incrementar la capacidad de competir de los centros de investigación. Y no justifica el legislador la contribución que la norma haya de hacer al mantenimiento de la unidad económica ni que la única vía para favorecer ésta en este ámbito sea la introducción de la figura del *Juniorprofessor* de modo homogéneo a través de una norma del Bund, cuando también podría pensarse en otras posibilidades, incluida la reforma de la actual habilitación, con un mayor papel de la normativa de los Länder (81). Ello, unido a la falta de fundamentación por parte del legislador federal le lleva, pues, a considerar que tampoco concurre el tercer presupuesto.

En consecuencia, la falta de cumplimiento de los tres presupuestos del art. 72.2 GG (82) lleva al TCF a declarar la inconstitucionalidad de la norma (83), aunque con un voto particular de los magistrados Osterloh, Lübbe-Wolff y Gerhardt (84).

(80) FJ. B.I.4.a).

(81) FJ. B.I.4.b) bb) 1 y 2.

(82) A lo que se suma, como ya se ha dicho, el excesivo detalle o densidad reguladora de la norma, contra lo que ha de ser propio de una ley marco.

(83) Provocando un vacío que ha sido cubierto por la *Gesetz zur Änderung dienst- und arbeitsrechtlicher Vorschriften in Hochschulbereich*, de 31 de diciembre de 2004. Téngase en cuenta que el TCF rechazó que la introducción de la categoría del *Juniorprofessor* pudiera estar cubierta por la previsión del art. 125.A.2 (vid. *supra*) pues introducía en la ley «una nueva concepción en lo fundamental de la estructura del personal en las escuelas superiores» [FJ. B.I.5.b)].

(84) En el voto, los magistrados reprocharon a la mayoría ignorar que también el Bund ha de poder, en sus leyes marco, incorporar finalidades políticas y de reforma, al tiempo que se criti-

4.5. *El caso de la financiación de la educación superior:
Sentencia de 26 de enero de 2005*

4.5.1. *Planteamiento del problema*

La sexta ley de reforma de la ley básica de escuelas superiores, de 8 de agosto de 2002, tenía como objeto, entre otras cuestiones, la fijación para todo el territorio federal de la exención de tasas en los estudios que conduzcan a la obtención de un diploma que habilite para trabajar, así como en los estudios inmediatamente consecutivos a estos que conduzcan a igual resultado. Dicha gratuidad en estos estudios sólo podría ser exceptuada por los Länder en casos puntuales, y era justificada por el Bund como medida que ayudase a aumentar el índice de matriculados en estudios superiores, inferior en Alemania respecto de otros países europeos, y al tiempo se quería evitar que estudiantes con menos recursos económicos se viesen impedidos de estudiar si en su Land se cobraban tasas elevadas, o se vieran forzados a buscar y desplazarse a otro Land donde tales estudios fueran gratuitos. Igualmente era objeto de esta norma la obligación de crear en las *Hochschule* asociaciones de estudiantes a través de las cuales se canalice la participación de estos y se promueva la formación de los estudiantes, la integración de estudiantes extranjeros, las relaciones suprarregionales e internacionales entre colectivos de estudiantes, la práctica del deporte, etc.

El Bund se basaba para dictar dicha norma en el ya mencionado título del art. 75.1.1.A (principios generales de la enseñanza superior) mientras que los Gobiernos de Baden-Württemberg, Baviera, Sarre, Sachsen y Sachsen-Anhalt, y el Senado de Hamburgo, negaban la competencia así como el cumplimiento de cualquiera de los presupuestos del art. 72.2, a parte de considerar que la ley tenía que haber recibido el consentimiento (*Zustimmung*) del Bundesrat en aplicación del art. 84.1 GG (85).

ca la interpretación a su juicio restrictiva que la sentencia hace de los arts. 75.1.1 y 75.1.1.A. Pero lo más relevante a nuestros efectos es que el voto considera que el control de si concurren los presupuestos del art. 72.2 GG puede llevar a que el TCF se vea forzado a analizar cuestiones de naturaleza política, para cuyo enjuiciamiento no existen mecanismos jurídico-constitucionales (apartado II.2 del voto). Ello llevaría, entre otras cosas, a que se perdería según el voto claridad y seguridad jurídica en la delimitación de competencias entre Bund y Länder [apartado II.2.a)]. Finalmente, intenta justificar que concurre el tercero de los presupuestos del art. 72.2 GG [apartado II.2.b)]. Como se ve, puntos de vista opuestos a los que animaran la sentencia sobre la *Altenpflegegesetz*.

(85) En el procedimiento legislativo federal, una vez que un proyecto de ley ha recibido la aprobación del Bundestag, pasa al Bundesrat y, a partir de aquí, el procedimiento varía según nos

4.5.2. Control del Tribunal

En relación con las tasas, el Tribunal admite que la norma del Bund pueda integrarse en el ámbito del título del art. 75.1.1.A, que ha de interpretarse de modo amplio, pero no en cambio que se dé ninguno de los presupuestos del art. 72.2.

En cuanto a la creación de condiciones de vida equivalentes, la norma no satisface los criterios sentados en la sentencia sobre la *Altenpflegegesetz*, pues el Bund no ha demostrado que la existencia de tasas en unos Länder y su inexistencia en otros pueda generar para los habitantes de los primeros perjuicios incompatibles con la exigencia de equivalencia de las condiciones de vida en el ámbito federal. Los estudiantes pueden desplazarse y, además, la elección de un centro u otro de educación superior depende de una pluralidad de factores de los que el económico es sólo uno de ellos (86). Por lo demás, los Länder, aun en el caso de introducir tasas, ya tomarán las medidas necesarias para garantizar a todos los estudiantes la libertad de elección de centro y para no excluir de la educación superior con sus medidas a sectores de la población. Naturalmente que la introducción de tasas en algún Länder puede generar alguna disfunción, o dificultar en algún caso el acceso, pero estos perjuicios posibles, muy difícilmente cuantificables, no autorizan por sí mismos a que el

encontremos con una *Zustimmungsgesetz* (proyecto necesitado del consentimiento del Bundesrat, de manera que si no lo obtiene no podrá ser aprobado) o una *Einspruchsgesetz* (proyecto que puede ser vetado por el Bundesrat pero con un veto que puede ser levantado por el Bundestag). Las primeras son aquellas cuyo objeto afecte de manera esencial los intereses de los Länder, y las segundas el resto. El artículo 84 GG, referido a la ejecución de la normativa federal, da al Bundesrat una intervención constante. Entre otras cosas dispone que cuando los Länder ejecuten leyes federales en ejercicio de su competencia de ejecución (es decir, no por delegación del Bund, supuesto que regula el art. 85 GG) «ellos mismos establecerán la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo, siempre que leyes federales, aprobadas por el Bundesrat, no dispongan otra cosa». Para que la ley del Bundesrat pueda también regular la organización y el procedimiento en lugar de los Länder, necesitará de la aprobación del Bundesrat. Estamos, pues, ante un caso de *Zustimmungsgesetz*: necesidad del consentimiento del Bundesrat para compensar el hecho que se permita al Bund entrar en un terreno que en principio tenía que corresponder a los Länder. Por otra parte, la jurisprudencia ha determinado que siempre que un proyecto de ley federal contenga un precepto relativo a organización o procedimiento, toda la ley, y no sólo ese precepto, necesitará el consentimiento del Bundesrat, lo cual ha hecho aumentar exponencialmente el número de casos de leyes necesitadas del *Zustimmung* del Bundesrat. Sobre todo ello, en nuestra doctrina vid. M. J. LARIOS PATERNA: «La búsqueda del consenso como *leitmotiv* del procedimiento legislativo federal alemán», *Revista de las Cortes Generales*, 53, 2001, págs. 237-262, y E. ALBERTÍ (coord.), E. ROIG MOLÉS, J. I SORT JANÉ: «El Bundesrat alemán», en *Ante el futuro del Senado*, Barcelona, Marcial Pons, 1996, págs. 91-120.

legislador federal dicte una norma común bajo la cobertura del primero de los presupuestos del art. 72.2 GG (87).

Tampoco se ha podido cuantificar por parte del Bund la posibilidad de que la introducción de tasas en un Land pueda provocar un desplazamiento de estudiantes de ese Land a otro donde no existan, provocando problemas a éste (88). En cualquier caso, el pronóstico que el Bund hace a ese respecto ignora que «el sentido de la sistemática constitucional federal es que los Länder deben conservar un margen de actuación propio para poder establecer normas diferenciadas» (FJ. B.I.2.a.bb.2), que la variedad normativa es consustancial al Estado federal, y que los propios Länder han de poder ser capaces de vencer cualquier perjuicio o disfunción que pueda suscitarse en este ámbito. Sólo si fuera imposible para ellos hacer tal cosa pudiera plantearse la necesidad de la norma del Bund, pero éste no ha demostrado tal imposibilidad, o que las medidas que puedan tomar estos no vayan a ser suficientes para mantener la equivalencia de las condiciones de vida (89).

Por lo que respecta a la unidad económica, el Tribunal tampoco considera necesaria ninguna norma del Bund que regule esta cuestión mientras no se constate que las normas de los Länder crean perjuicios para la unidad económica en el sentido en que los definía la sentencia sobre la *Altenpflegegesetz*. Los Länder tienen como principio básico de su política educativa garantizar el acceso igual de todos al estudio en función de sus capacidades y por ello, mientras la pluralidad de las diversas normativas y la posible diferencia en el acceso y la formación entre unos y otros territorios no quiebre de modo tangible valores tales como la igualdad de oportunidades de acceso y de formación en el territorio federal, o se creen barreras, o se distorsione la distribución de estudiantes a lo largo del territorio, etc., no estará en peligro la unidad económica y no será necesaria una norma federal como la que pretende dictarse estableciendo una regulación común sobre las tasas a nivel federal, pues el Bund no ha demostrado que la diversidad de normas en esta materia provoque los efectos descritos (90).

En tercer lugar, trata el Tribunal con mayor brevedad la cuestión de la unidad jurídica, para rechazar de plano que pueda verse afectada por la existencia de una pluralidad de regulaciones sobre tasas (91).

(86) FJ. B.I.2.a)aa).

(87) Ídem.

(88) FJ. B.I.2.a)bb).

(89) FJ. B.I.2.a)bb)2.

(90) FJ. B.I.2.b).

(91) FJ. B.I.2.c).

El segundo tema objeto de impugnación, la regulación del deber de creación de las asociaciones de estudiantes, es objeto igualmente de un examen genérico en tanto que el Tribunal declara como evidente que no cumple ninguno de los tres presupuestos del art. 72.2, a la vista de la interpretación que él mismo les dio en la sentencia de 2002. Finalmente, el Tribunal, aplicando la doctrina sentada en la sentencia sobre la ley de horarios comerciales, rechaza que la aplicación de la previsión del art. 125.A.2 pueda evitar la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

5. CONCLUSIONES

Como se ha visto, el cambio de doctrina del TCF en relación con el control de los presupuestos de la legislación concurrente y marco no parece tener vuelta atrás. Los criterios sentados en la sentencia sobre la *Altenpflegegesetz* han sido examinados de modo real por el Tribunal en esa y las posteriores sentencias.

Cierto es que en la primera, luego de dictar los criterios el Tribunal procedió al examen de los mismos de un modo que la doctrina no ha dejado de criticar, preguntándose si fueron, en especial el tercero, aplicados con suficiente rigor. En efecto: el propio Tribunal había indicado, en relación con el presupuesto del mantenimiento de la unidad económica, que se vincula a la conservación de la «capacidad de funcionamiento del espacio económico de la República Federal» (92), que presupone la existencia de «efectos amenazadores o inaceptables para la política económica derivados de la variedad jurídica o de la falta de regulación de los Länder» (93), y que exige, como también se ha dicho, que las diferencias entre las normativas de los Länder ocasionen «barreras y límites al tráfico económico en el ámbito federal e incluso [puedan] distorsionar el reparto del potencial económico (humano y material)» o que se detecte la existencia de diferencias de hecho entre los Länder que en cualquier caso han de «perjudicar en notable medida al conjunto de la economía» (94).

Cabría preguntarse, pues, si la diferencia de regulaciones en materia de formación de cuidadores de ancianos provocaba tales efectos (95). Desde

(92) Vid. FJ. C.II.5.b).bb).

(93) Ídem.

(94) Ídem.

(95) En tal sentido vid. H. JOCHUM: «Richtungsweisende Entscheidung des BVerfG zur legislativen Kompetenzordnung des Grundgesetzes», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1, 2003, pág. 29.

luego no parece que sea el caso de los dos primeros o del cuarto, y sólo con cierto esfuerzo puede aceptarse el tercero, cuya existencia fundamenta el Tribunal con base en muy diversos informes que apuntan a las dificultades de los profesionales del sector a la hora de cambiar de lugar de trabajo a lo largo del territorio federal. Pero es desde luego opinable que tales dificultades alcancen tal entidad como para superar el listón que previamente el Tribunal había querido establecer. El propio Tribunal expone cómo las principales finalidades de la ley son hacer más atractiva la profesión para aumentar el número de personas dedicadas a ella y compensar el actual déficit, así como mejorar la movilidad en el sector (96) pero lo primero no parece muy relacionado con los perjuicios notables que debieran derivarse de la pluralidad normativa y en la valoración de esto último se aprecia una clara deferencia para con la opción del legislador federal (97). Sea como fuere, la importancia de la sentencia no radica, como es obvio, en el resultado final que da al caso concreto que juzga, sino en las bases que sienta para el control futuro de la normativa federal.

Después de dicha primera sentencia el Tribunal ha pasado a examinar la concurrencia de los criterios con mucho mayor rigor, y curiosamente con menos explicaciones que las que se detuvo a dar en aquélla. La sentencia sobre la ley de perros peligrosos, la primera en que el TCF declara inconstitucional una norma del Bund por no respetar los presupuestos del art. 72.2 GG, hace por ejemplo un examen bastante sintético del precepto impugnado a la luz de éste, pero aunque al mismo tiempo se diga que la norma también vulnera el art. 12.1 GG (98) no deja de ser la primera vez que el Tribunal aplica los criterios sentados en la sentencia de 2002 con el resultado de declarar inconstitucional la norma, confirmando así la plena justiciabilidad del art. 72.2 GG.

La siguiente sentencia examinada, relativa a la ley de horarios comerciales, sigue en idéntica línea -y hace el mismo examen sintético que la sentencia anterior- y es además relevante por otro motivo, ya que el TCF entra a determinar cómo deberá interpretarse el art. 125.A.2 en el caso de las leyes que, habiendo sido dictadas antes de 1994 y que no superen ahora los filtros del art. 72.2 GG, quieran ser reformadas por el legislador federal. Aunque

(96) Vid. FJ. A.III y FJ. B.II.7.b) aa).

(97) Critica también el resultado a que llega la sentencia A. HANEBECK: «Gestoppte Kompetenzerosion der Landesparlamente?», *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 34, 4, 2003, pág. 749. En opinión del autor, el Bund sigue tras esta sentencia teniendo un margen de actuación considerable, y podrá en la inmensa mayoría de los casos justificar sus normas a la luz del art. 72.2, por más que el nuevo control que el TCF parece dispuesto a hacer pueda corregir excesos puntuales. La evolución posterior de la jurisprudencia del TCF, con todo, permite matizar el pesimismo de este autor.

(98) FJ. C.IV.2

como se ha dicho la distinción entre reformas para la conservación de los elementos esenciales de la ley y reformas orientadas a introducir un «cambio de concepción» de la ley, es una distinción muy problemática cuya operatividad en el futuro está por comprobar, no deja de ser cierto que, con mayor o menor acierto, el Tribunal intenta dotarse de instrumentos para resolver este tipo de problemas en lo sucesivo.

Con igual rapidez que en las dos anteriores en la sentencia sobre los *Juniorprofessoren* despacha el Tribunal el examen de la concurrencia de los presupuestos del art. 72.2, en especial el de los dos primeros, y en ella ha de destacarse que, en el fondo, lo que el Tribunal reprocha al legislador es que no haya intentado fundamentar la concurrencia de los mismos, de manera que de la norma no puede derivarse su apoyo en el art. 72.2 GG, necesario para dictar una ley marco. En cualquier caso, se mantiene el control del mencionado precepto, aunque tres jueces vengán a proponer en el voto particular una marcha atrás en este aspecto, lo que no deja de resultar significativo.

Finalmente, en la sentencia sobre tasas se prosigue en el examen de los presupuestos del art. 72, en especial del primero, y se analiza el pronóstico de futuro realizado por el legislador federal sobre los perjuicios hipotéticos que una pluralidad de normas de los Länder podría deparar, debiéndose resaltar aquí que el Tribunal le pide prácticamente al Bund que pruebe que los perjuicios son ya actuales, reduciendo hasta el extremo el margen de prognosis que la sentencia de 2002 parecía anunciar en favor del legislador del Bund.

Las bases del control del respeto al sistema de distribución competencial en materia de legislación concurrente y marco están, pues, establecidas, y el Tribunal ha comenzado a transitar decididamente por la vía abierta por él mismo. Estamos, sin duda, ante un cambio de primer orden en la evolución del federalismo alemán, e incluso, como hace notar Jochum, en la relación entre Poder legislativo y Poder Judicial en Alemania (99). Un cambio que, ciertamente, no significa por sí solo que, después de décadas de erosión competencial, los Länder vayan a recuperar de inmediato lo que han ido perdiendo de su derecho a legislar (100) (hay que recordar que, como se dijo, la devolución de ámbitos indebidamente ocupados por el Bund a los Länder —*Rücküber-*

(99) Vid. H. JOCHUM: «Richtungsweisende Entscheidung des BVerfG zur legislative Kompetenzordnung des Grundgesetzes», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1, 2003, pág. 30.

(100) Sobre la necesidad de que el Tribunal parta del hecho de que la Constitución, cuando asigna materias competenciales a los Länder, está reconociéndoles posiciones jurídicas subjetivas que el Bund debe respetar, puede verse M. KENNTNER: «Der Föderalismus ist (doch) justiziabel. Anmerkungen zum “Altenpflegegesetz” des BVerfG», *Neue Verwaltungs Zeitschrift*, 7, 2003, págs. 823-824.

tragung— es potestativa para aquél) pero sí que obliga al Bund a fundamentar mucho mejor la necesidad de sus normas (101), y puede contribuir, como se ha visto, a frenar el tradicional proceso de laminación (cuando no de eliminación) de las competencias de los Länder. Con todo, no puede ocultarse que este proceso no se detendrá verdaderamente sin una reforma a fondo de los catálogos competenciales (102) y sin que el Bund devuelva los ámbitos materiales indebidamente ocupados. Si no se dan estas premisas, el mero control de la aplicación del art. 72.2, aun siendo evidentemente importante, no solucionará el problema de fondo (103).

(101) De hecho, algún autor como Huber ha entendido que el significado de algunas de las sentencias, como la de la ley de perros peligrosos y la relativa a la quinta reforma del sistema educativo, no es el de negar al Bund ámbito competencial alguno sino meramente el de obligarle a fundamentar mejor sus normas y la prognosis sobre la que éstas se basan, calificando el autor la sentencia sobre la ley de horarios comerciales (que claramente negaría al Bund la posibilidad de entrar en ese ámbito material) como «caso especial sin capacidad de devenir regla general», interpretación ciertamente pesimista del cambio jurisprudencial descrito en estas páginas. Vid. P. HUBER: Informe a la Comisión Mixta Bundestag-Bundesrat para la modernización del ordenamiento federal. Borrador de la comisión núm. 0071, octubre de 2004, págs. 3-4.

(102) E incluso del propio artículo 72, que todavía se manifiesta en términos demasiado amplios. En la Comisión Mixta Bundestag-Bundesrat que acaba de mencionarse, y que debía preparar en 2004 (sin que finalmente le acompañara el éxito) la reforma constitucional del sistema federal, no faltó incluso quien propugnara directamente su supresión, o en su defecto su reformulación en sentido más restrictivo. Junto a ello, también se propusieron medidas como la conversión de materias ahora compartidas, en cualquiera de los regímenes ya examinados, entre Bund y Länder en submaterias exclusivas de uno u otros, o la creación de un derecho de estos a prescindir en ciertas materias objeto de competencia concurrente o marco de la normativa del Bund (*Zugriffsrecht*) a cambio de conceder a éste la posibilidad de regularlas del todo frente a aquellos Länder que voluntariamente prefiriesen no dictar una normativa propia, etc. Los documentos de la Comisión pueden consultarse en la web del Bundesrat.

(103) En tal sentido se manifiesta también HANEBECK: *Ob. cit.*, págs. 752-754.