

El papel de la Justicia constitucional en las controversias competenciales. (El cambio de paradigma en la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht)

María Isabel González Pascual
(Profesora visitante de UPF)

SUMARIO: I. ANTECEDENTES: EL PAPEL DEL ARTÍCULO 72.2 GG EN EL SISTEMA COMPETENCIAL ALEMÁN.— II. LA SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DEL 2002.— 2.1. *La reforma constitucional como telón de fondo.* 2.2. *La indispensabilidad como concepto clave.* 2.3. *La concreción de la indispensabilidad mediante la valoración del pronóstico de futuro realizado por el legislador.* 2.4. *La aplicación del esquema teórico desarrollado al caso concreto.*— III. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR: EN PARTICULAR LAS SENTENCIAS «JUNIOPROFESSUR» Y «STUDIENGERBÜHR».— IV. LA POSICIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTE LOS VAIVENES DEL ESTADO FEDERAL.

I. ANTECEDENTES: EL PAPEL DEL ART. 72.2 GG EN EL SISTEMA COMPETENCIAL ALEMÁN

El sistema constitucional de distribución de competencias legislativas configurado por la Grundgesetz es generalmente conocido, al menos, en sus rasgos fundamentales. A modo de resumen, cabría recordar que el art. 70.1 GG fija la competencia de los Länder sobre todas las materias no expresamente otorgadas al Bund. Paralelamente, establece un amplio elenco de materias sobre las que corresponde al Bund la competencia exclusiva, la fijación de la normativa marco o de legislación concurrente. Las categorías particularmente

problemáticas son la legislación marco y concurrente. Esta última implica que la aprobación de una ley federal en una materia incluida en su ámbito (arts. 74, 105.2 y 115.c.1 GG) desplaza la normativa de los Länder, efecto que no se produce en la dirección inversa¹. En cuanto a las leyes marco, las conocidas Rahmengesetze (art. 75 GG), limitan la potestad del legislador federal a una parte de la regulación de la materia, no pudiendo entenderse la norma final sin la colaboración indispensable de la legislación de los Länder².

Para acotar el alcance de la competencia federal sobre la normativa marco y concurrente se introdujo el art. 72 GG, que fijaba una serie de premisas reductoras a su capacidad legislativa sobre las materias reservadas a dicho tipo. Con este fin el precepto establecía:

1. *En el ámbito de la legislación concurrente los Länder tienen el derecho a legislar, en tanto y cuanto el Bund no haga uso de su derecho a legislar.*
2. *En este ámbito el Bund tiene la potestad legislativa, en la medida en que exista la necesidad de una ley federal porque:*
 - *Un asunto no pueda ser regulado de modo efectivo por la legislación de los Länder o*
 - *La regulación mediante una ley del Land pueda perjudicar los intereses de otro Land o de la comunidad o*
 - *Lo exija la preservación de la unidad jurídica o económica, en especial el mantenimiento de la uniformidad de las condiciones de vida más allá del territorio de un Land.*

La indeterminación inherente a su dicción suscitaba múltiples dudas interpretativas pese a que de su «concretización» dependía la contención de la legislación concurrente. Ante la importancia del precepto para el marco competencial real de los Länder y la ambigüedad de los términos, el papel de la justicia constitucional era crucial. Si bien el precepto presentaba diversos puntos necesitados de precisión, el nudo gordiano de su dicción y el objeto de este

análisis es su párrafo segundo sección tercera, es decir, la necesidad de una ley federal para preservar la unidad económica o jurídica, o la uniformidad en las condiciones de vida³. No en vano el legislador federal ha recurrido constan-

¹ VON MUNCH, I., «Art. 72 (konkurrierende Gesetzgebung)», Grundgesetz-Kommentar, Band 3, art. 70 bis art. 46, VON MUNCH, I., (Hrsg), C. H. Beck, München, 1983, p. 24.

² MAUNZ, Th., «Artikel 75» Grundgesetz-Kommentar. Band V, MAUNZ-DÜRIG, Beck, München, 2003, p. 14.

³ Hasta la reforma constitucional de 1994 fue controvertido determinar en qué momento la legislación del Bund desplazaba la norma de los Länder. La expresión «en tanto y cuanto no haya hecho uso de su derecho a legislar» era ambivalente, no determinando si era necesaria la entrada en vigor de la ley federal. Además, el BVerfG no dio una respuesta de aplicación general. La nueva redacción del precepto aclara este extremo al exigir que el Bund haya hecho uso efectivo de su competencia legislativa mediante una ley. PESTALOZZA, Ch., «Artikel 72», Das Bonner Grundgesetz, Band VIII, V. MANGOLDT, H. und KLEIN, F., Franz Vahlen, München, 1996, pp. 98-111 y 168-190 y DEGENHART, C., «Art. 72. Konkurrierende Gesetzgebung», Grundgesetz Kommentar, SACHS, M. (Hrsg), CH Beck'sche, München, 2003, pp. 1930-1937. Asimismo suscitaba una problemática de hondo calado determinar cuándo la ley de los Länder no era capaz de regular una cuestión de un «modo efectivo» o perjudicaba «los intereses de otros Länder». GRUNSON, M., Die Bedürfniskompetenz. Inhalt und Justiziabilität des Art. 72 Abs. 2 des Grundgesetzes, Duncker & Humboldt, Berlin, 1967, pp. 34-36 La nueva redacción constitucional elimina estos supuestos.

temente a dicho párrafo para reclamar su competencia concurrencial, correspondiendo al Bundesverfassungsgericht, en caso de conflicto, confirmar o rechazar la calificación llevada a cabo por el Bund.

La sentencia de 1 de diciembre de 1954 afronta la cuestión directamente⁴ de un modo sorprendente: «*El Legislador federal, de acuerdo con su libre albedrío, decide si concurren las premisas del art. 72.2 GG. El máximo control que, en su caso, correspondería al Tribunal federal es el enjuiciamiento de un eventual abuso del libre albedrío*»⁵. Formaría parte de la capacidad de decisión del legislador federal determinar si una ley precisa para mantener la unidad jurídica, económica o la uniformidad en las condiciones de vida. La paradoja es evidente, declarada por el Tribunal su propia incapacidad para fijar las exigencias del art. 72 GG, el legislador federal decide las premisas de su competencia, el libre albedrío del legislador se declara frente a los perfiles de una materia competencial.

La libertad, podría decirse absoluta, otorgada al legislador federal es aún más palmaria en las decisiones jurisprudenciales que califican la decisión de aprobar una ley federal *ex art. 72.2* de «*decisión política previa, que el BVerfG tiene, fundamentalmente, que respetar. Si el Legislador federal afirma la necesidad de una regla federal, el control del BVerfG se ciñe a evaluar si ha interpretado correctamente los principios acogidos en el art. 72.2 GG y se ha mantenido en dicho marco*»⁶. El *parámetro del libre albedrío* sólo examina si el legislador pondera adecuadamente los principios generales del art. 72.2 y si se mantiene en el marco de esa interpretación. Sin embargo, el Tribunal no especifica qué debemos entender por interpretación adecuada. El control sobre el abuso del libre albedrío se constriñe a analizar si se ha empleado una hermenéutica claramente defectuosa, sin contemplar la intención del legislador federal de apropiarse de esferas ajenas ni aportar directrices a la labor legislativa⁷. No es de extrañar que algunas sentencias constatasen, sin matices, la capacidad del legislador para evaluar la necesidad de la medidas⁸ o aseverasen simplemente que el Tribunal no debía cuestionar dicha valoración⁹.

Como consecuencia el legislador federal carecía de constricciones efectivas en su interpretación del art. 72.2 GG. Premisa que, unida a la identificación de la ley federal con la uniformidad federal¹⁰, a la vinculación explí-

⁴ Si bien había anunciado su línea jurisprudencial con anterioridad en distintos obiter dicta: «*ante una competencia legislativa del Bund conforme al art. 74. JJ GG, surge la pregunta acerca del reconocimiento de una necesidad de la norma federal en el sentido del art. 72.2 GG. Al respecto se suscita, en primer lugar, la duda sobre la capacidad del Tribunal para juzgar la existencia de dicha necesidad o es una cuestión no justiciable mediante un baremo jurídico [...] Se podrían alegar razones importantes para negar la competencia del Tribunal para examinar la necesidad, con la excepción del abuso del libre albedrío. Sin embargo, el caso no precisa responder esta cuestión*» BVerfGE 1,264 (272, 273), E 2, 213 (224).

⁵ BVerfGE 4, 115 (127), E 10,234 (245), E 33, 224 (229).

⁶ BVerfGE 26,338 (382, 383), E 78, 249, (270), E 13,237, (239).

⁷ KRÖGER, D. und MOSS, F., «Die Erforderlichkeitsklausel gemäß Art. 72 Abs. 2 GG n.F. jm Spannungsfeld des Bundesstaates», *BayVBl*, 1997, p. 706.

⁸ BVerfGE 65, 1 (63)

⁹ BVerfGE 65, 283 (289), E 67, 299 (327).

¹⁰ «*La necesidad de una ley federal debe equipararse a la necesidad de una regla federal uniforme*». BVerfGE 18,407 (415).

cita¹¹ o implícita¹² del precepto a los fines del Estado social, al cuestionado funcionamiento del Estado cooperativo¹³, Y a continuas reformas constitucionales que aumentaron considerablemente las materias reservadas a la potestad legislativa federal¹⁴, en particular la concurrente, despojó de gran parte de la potestad legislativa a los Länder¹⁵.

Este proceso fue tan agudo que la doctrina hablaba de absoluta indefensión de la potestad legislativa de los Länder y vuelco de la presunción competencial del art. 70.1 a favor del Bund. En este camino fue decisiva la interpretación jurisprudencial del art. 72 porque, *de facto*, dejó el camino libre al Bund para configurar un orden unitario socavando los espacios de los Länder¹⁶. Nunca una ley federal fue declarada contraria a las premisas del art. 72.2, y el precepto se erigió en el motor de la unitarización del sistema federal alemán¹⁷.

Aunque diversos autores abogaban por la corrección de la postura del Tribunal¹⁸, paulatinamente esta defensa de los argumentos jurisprudenciales se convirtió en minoritaria.

El continuo avance del ámbito competencial del Bund, con base en el 72.2, generó una continua, frontal y aguda crítica doctrinal a la pasividad del Tribunal. Su construcción fue calificada de ilógica en el iter interpretativo y en los resultados¹⁹. Al sostener que la «necesidad» de una regla federal *ex art.* 72.2

¹¹ «El legislador federal no está limitado a perseguir la unidad preexistente de las condiciones de vida mediante una legislación unitaria. No puede prohibirse, que tienda a la unidad en el ámbito social en la medida que considere pertinente. Se trata de una decisión política que el BVerfG debe respetar, ya que es tarea del legislador configurar los perfiles de las condiciones de vida». BVerfGE 13,230, (233).

¹² Destaca la famosa sentencia de los *numerus clausus*. El Tribunal no cita el art. 72.2 GG pero toma como elemento de obligada unificación de la legislación y la cooperación la igualdad de los ciudadanos en los derechos en el ámbito federal. BVerfGE 33, 303 (352).

¹³ Entre otros, HESSE, K., «Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik», *Festschrift für Gerhard Müller*, RITTERSPACH, T. und GEIGER, W. (Hrsg.), J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, BÖCKENFÖRDE, E.-W., «Sozialer Bundesstaat und parlamentarische Demokratie. Zum Verhältnis von Parlamentarismus und Föderalismus unter den Bedingungen des Sozialstaats», *Festschrift für Friedrich Schifer*, JEKOWITZ, J., MELZER, M. und ZEH, W. (Hrsg), Westdeutscher Verlag, 1980, PIETZCKER, J., «Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat», *Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat*, STARCK, C., Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 67-76.

¹⁴ SCHNEIDER, H.-P., «Die bundesstaatliche Ordnung im vereinigten Deutschland», *NJW*, 1991, pp. 2.453-2.454.

¹⁵ Sobre este proceso BÜLLINGER, M., «Die Zuständigkeit der Länder zur Gesetzgebung», *DöV*, 1970 y HESSE, K., *Der unitarische Bundesstaat*, Müller, Karlsruhe, 1962.

¹⁶ SCHOLZ, R., «Ausschliessliche und Konkurrierende Gesetzgebung-Kompetenz von Bund und Ländern», *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Zweiter Band, ob. cit.*, 1976, p. 258.

¹⁷ STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Band II*, C.H. Beck, München, 1980, p. 597.

¹⁸ Entre otros, BACHOF, O., «Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes», *DRZ*, 1950, p. 342, DERNEDDE, «Bundesrecht und Bundesgesetzgebung. Bericht über Weinheimer Tagung», *DVBl*, 1950, p. 415, FIEDLER, W., «Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen», *DöV*, 1977, pp. 583- 584, MAJER, D., «Ist die verfassungsgerichtliche Prüfung der Voraussetzung des konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes sinnvoll und möglich?», *EuGRZ*, 1980, pp. 162-164, von MÜNCH, I., *ob. cit.*, pp. 35-36, NEUMEYER, Ch., «Gesicht eines Irrlufers-Anmerkung zur Reform des Art. 72 Abs 2 GG», *Staatsphilosophie und Rechtsphilosophie. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag*, ZIEMSKE und mit. (Hrsg), C. H. Beck'sche, München, 1997, pp. 565- 569.

¹⁹ RENGELING, «Gesetzgebungszuständigkeit», *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IV*, ISENSEE, J. und KIRCHHOF, P., Müller Juristischer, Heidelberg, 1990., pp. 775-776.

GG no era susceptible de control jurídico, escribiría Lerche, el BVerfG usaba una medida diferente en las relaciones Länder –Bund que en la esfera individuo– poder público. Sin embargo, sentenciaba, el Tribunal era tan defensor del ámbito del Land frente al Bund (y viceversa) como del individuo frente a las injerencias del Estado²⁰. Con mayor o menor intensidad y desde diversas perspectivas se instaba al Tribunal a modificar su postura²¹.

Ante la maraña de propuestas doctrinal resulta preciso encontrar un hilo conductor. Al respecto parece pertinente traer a colación el informe final de la Enquete-Kommission, creada por el Bundestag en 1973 para la reforma constitucional con el propósito, entre otros, de reforzar las competencias legislativas de los Länder. Aunque sus recomendaciones fueron desoídas, constituyen el núcleo de la reforma constitucional de 1994 y el trasfondo de las construcciones doctrinales. Lógicamente, la modificación del art. 72 GG fue un punto neurálgico de sus trabajos. En este sentido aconsejó la siguiente redacción:

1. *En el ámbito de la legislación concurrente los Länder tienen la competencia legislativa en tanto y cuanto el Bund no haya hecho uso de su derecho a legislar.*
3. *El Bund ostenta en este ámbito la competencia sobre la legislación si y en la medida en que la creación de unas condiciones de vida equivalentes en el ámbito federal, la indispensable unidad jurídica, la unidad económica o el desarrollo ordenado del territorio federal sólo pueda alcanzarse mediante una ley federal.*
4. *Las leyes federales amparadas en el párrafo anterior deben limitarse a las reglas indispensables para alcanzar los citados fines, en todo lo demás la legislación corresponde a los Länder.*
5. *Si el Bund ejercita esta competencia mediante una ley de principios, los Länder están obligados a desarrollarla mediante una ley en un plazo razonable.*
6. *A petición del Bundesrat o de un Land, el Bundesverfassungsgericht decide si una ley federal respeta las premisas de los párrafos 2 y 3 de este precepto²².*

Desde la justiciabilidad de las premisas del art. 72 dos son las cuestiones centrales: la referencia a la *indispensabilidad* y la sustitución de «*la preservación de la unidad jurídica o económica, en especial el mantenimiento de la uniformi-*

²⁰ LERCHE, P., «Zum Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgericht», *BayVBl*, 1958, p. 235.

²¹ Entre otros, SCHOLZ, R., *ob. cit.*, ACHTERBERG, N., «Die Entscheidung über das Bedürfnis für die Bundesgesetzgebung (Art. 72 Abs. 2 GG)», *DVBt*, 1967, pp. 775-776, GRUSON, M., *ob. cit.*, pp. 99 y ss, PESTALOZZA, Ch., *ob. cit.*, pp. 120-122, BÜLLINGER, M., *ob. cit.*, p. 799, KISKER, G., «Neuordnung des Bundesstaatlichen-Kompetenzgefüges und Bund-Länder-Planung», *Der Staat*, 1975, p. 188, KRÜGER, M., «Zur Bedeutung des Art. 72 Abs. 2 GG für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes», *BayVBl*, 1984, pp. 544-547, CALLIES, C., «Die Justiziabilität der Art. 72 Abs. 2 GG vor dem Hintergrund von kooperativen und kompetitiven Föderalismus», *DöV*, 1997, pp. 894-895.

²² *Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform 11. Schlussbericht der Enquete Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestages. Teil 11. Bund und Länder*, Bundestag, Bonn, 1976, p. 48.

dad de las condiciones de vida» por «la creación de unas condiciones de vida equivalentes en el ámbito federal, la indispensable unidad jurídica, la unidad económica o el desarrollo ordenado del territorio federal». Considera la Comisión que el aquilatamiento de la necesidad es relativo y amplio, mientras la indispensabilidad constriñe el conjunto de fines que pueden justificar la ley, exigiendo que exclusivamente puedan ser alcanzado por una ley federal. Cerraría, por tanto, el campo de juego del legislador federal. En cuanto al «mantenimiento de las condiciones de vida uniformes», asevera, ni hay un elenco de condiciones de vida uniformes en el territorio federal que deban ser preservadas, ni la unidad o igualdad es un objetivo realista o deseable. Ante la disparidad efectiva en las condiciones de vida en la federación debe suprimirse esta premisa y aludir a la equivalencia. Con estos cambios, afirma, se lograría un concepto justificable y restrictivo²³.

La sustitución de los términos «mantenimiento» por «creación» y «uniformes» por «equivalentes», como piedras de toque de la reforma, son en general aceptados por la doctrina. Hablar de creación, se defiende, endurece las premisas al exigir el alcance de un fin²⁴.

Asimismo, aunque es incierto el alcance de la diferencia entre «uniforme» y «equiparable», la segunda implica una relación entre la regla y la proporción ante la regla, que la primera no contempla. A modo de ejemplo, con base en la equivalencia el coste de la vida en un Land no podría calcularse sin tomar en consideración el nivel económico de sus habitantes²⁵. Los autores se mueven entre el escepticismo y la esperanza respecto del impacto real de este cambio, pero no suscita excesiva controversia.

Sin embargo, la referencia a la indispensabilidad despierta un enconado debate. De no afirmar la posibilidad de medir la «necesidad» la reforma es fútil, sin embargo el término indispensabilidad es habitualmente empleado como elemento del conocido principio de proporcionalidad o del principio de subsidiariedad. En este sentido, la dicción constitucional cambia la *Bedürfnis* de la medida federal por su *Erforderlichkeit*²⁶, término cuya equiparación con el

²³ *Ibidem*, p. 64.

²⁴ PESTALOZZA, *ob. cit.*, p. 200, SANNWALD, R., «Art. 72. Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes», *GG-Kommentar zum Grundgesetz*, SCHMIDT-BLEIBTREU, B, Luchterhand, Neuwied, 1999, pp. 1.934-1.035, NEUMEYER, *ob. cit.*, p. 559, SCHMEHL, A., «Die emeuerete Erforderlichkeitsklausel in Art. 72 Abs. 2 GG», *DöV*, 1996 p. 726.

²⁵ PESTALOZZA, *ob. cit.*, p. 194, NEUMEYER, *ibidem*, SCHMEL, *ibid.*, p. 727.

²⁶ Resulta preciso aclarar nuestra opción por el término indispensable. La tradición Constitucional española hace referencia a la necesidad de la medida y *erforderlich* significa necesario, pero la palabra necesidad puede conducir a error a la hora de enjuiciar la construcción doctrinal germana. En alemán existen diversos términos que pueden traducirse correctamente como necesidad, entre ellos *erforderlichkeit* y *bedürfnis*, pero existe una diferencia de matiz. Mientras el verbo *bedürfen* se emplea en el sentido de requerir, precisar, el verbo *erfordern* puede implicar una exigencia, en este sentido *erfordernis* significa requisito. Por tanto es una necesidad más reforzada, directamente vinculada al sustantivo que acompaña. En este sentido, la expresión *unbedingt erforderlich* puede traducirse como indispensable. Esta diferencia en la intensidad motivó el cambio del nombre *bedürfnis* por *erforderlichkeit*, pero no existe un paralelo en español que haga aprehensible la divergencia. Por eso hemos optado por el término indispensable. Aunque la doctrina española habla de un medio necesario, respecto del principio de proporcionalidad, aplicar al art. 72.2 esta expresión, sin matizar, desvanece el sentido de la reforma y de la controversia doctrinal. De hecho, aun-

iter interpretativo clásico del principio de proporcionalidad es palmario. No en vano, el principio de proporcionalidad exige que la intervención sea adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto, es decir, *geeignet, erforderlich und angemessen*. Ante esta propuesta algunos autores defienden la posibilidad de trasladar una especie de principio de proporcionalidad matizado a modo de directiva²⁷. Esta postura se rechaza por la jurisprudencia²⁸ y parte de la doctrina²⁹, tanto por la diferencia esencial entre las relaciones poder público-ciudadano, campo propio de actuación del criterio, y la relación Bund-Länder, como por la excesiva restricción del legislativo.

Otros autores abogan por el recurso al principio de subsidiariedad, incluso de acuerdo a su conformación en el derecho comunitario³⁰. Frente a esta postura se ha recordado que el principio de subsidiariedad no puede determinar las competencias del Bund en cuanto están fijadas y tasadas por la Grundgesetz³¹. Asimismo, se ha precisado que el principio de subsidiariedad indica si surge la competencia (*ob*) pero nada dice sobre cómo (*wie*) se debe ejercer, lo contrario sería hablar de un principio de subsidiariedad que de tal sólo tuviese el nombre³². No en vano algunos defensores del principio limitan su aplicación a la comprensión global del federalismo, sin extenderlo a las competencias concretas³³.

que algunas traducciones han acogido el término «necesidad», emplea también el término indispensable RUBIO LLORENTE, F. y DARANAS PELÁEZ, M. (ed.), *Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 18.

²⁷ KISKER, G., *ob. cit.*, p. 189, LERCHE, P., *ob. cit.*, pp. 232-235, STETTNER, R., *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1983, p. 391, nota 76, MÜLLER, M. D., *Auswirkungen der Grundgesetzrevision von J 994 auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Länder*, Juristische Schriftenreihe, Münster, 1996, p. 60, PAPIER, H. J., «Die Entwicklung des Verfassungsrechts seit der Einigung und seit Maastrichts», *NJW*, 1997, pp. 345-346, CALLIES, Ch., *ob. cit.*, p. 896, KRÖGER, D. und MOOS, F., *ob. cit.*, pp. 707-713.

²⁸ BVerfGE 81, 310 (338).

²⁹ KUNIG, P., «Art. 72. (Konkurrierende Gesetzgebung), *Grundgesetz-Kommentar, Band 3, Art. 70- J 46*, von MÜNCH/KUNIG (Hrsg.), C. H. Beck, München, 2003, p. 39; JARASS, H. D., «Allgemeine Probleme der Gesetzgebungskompetenz des Bundes», *NVwZ*, 2000, pp. 1092-1093, OETER, S., «Artikel 72», *Das Bonner Grundgesetz Kommentar, Band 2, Art. 20-78*, MANGOLDT, V. H., KLEIN, E., y STARCK, C., Franz Vahlen, München, 2000, p. 2.308, REICHERT, R., «Verfassungsmäßigkeit der Novelle zum Wasserhaushaltsgesetz? Grenzen der Rahmengesetzgebung», *NVwZ*, 1998, p. 8, OSSENBÜHL, F., «Abwägung im Verfassungsrecht», *Abwägung im Recht*, ERBGUTH, W. (Hrsg.), Carl Heymanns, Köln, 1996, p. 28, SCHINK, B., «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Zweiter Band*, BADURA, P. und DREIER, H. (Hrsg.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 448-449, NEUMEYER, Ch., *ob. cit.*, p. 563, KNORR, Ph., *Die Justiziabilität der Erforderlichkeitsklausel i.S. d. Art. 72 II GG*, Peter Land, Frankfurt am Main, 1998, p. 156, DEGENHART, C., «Rechtseinheit und föderale Vielfalt im Verfassungsstaat», *ZfA*, 1993, p. 417.

³⁰ Entre otros, CALLIES, C., *ob. cit.*, p. 891, KRÖGER, D. und MOOS, F., *ob. cit.*, p. 710, JARASS, H. D., «Regelungsspielräume des Landesgesetzgebers im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung und in anderen Bereich», *NVwZ*, 1996, p. 1.042, SANWALD, R., *ob. cit.*, p. 1.033, SCHMIDT, G., «Die neue Subsidiaritätsprinzipregelung des Art. 72 GG in der deutschen und europäischen Wirtschaftsverfassung», *DöV*, 1995, ISENSEE, J., «Der Bundesstaat-Bestand und Entwicklung», *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweite Band*, STARCK, (C.), Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 745.

³¹ BADURA, P., *Die Verfassung des Bundesstaates Deutschland in Europa*, Wirtschaftsverlag, Bachem Köln, 1993, pp. 46-47.

³² LERCHE, P., *Übermass und Verfassungsrecht*, Carl Heymann, Köln, 1961, pp. 200-201.

³³ DÜRIG, G., «Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat» *JZ*, 1953, p. 199. Con base en este óbice rechaza su aplicación. OETER, S., *ob. cit.*, p. 2.303.

Sin embargo, la postura más influyente es la compleja pero exhaustiva construcción que realiza Scholz en un trabajo imprescindible, que ejercerá una enorme influencia en la doctrina y la jurisprudencia. Consciente de los efectos de la jurisprudencia relativa al art. 72.2 sobre la capacidad competencial de los Länder, defiende un esquema interpretativo alternativo que permita restringir el alcance del precepto.

El punto clave de su construcción es la interpretación de las normas conforme a su fin y efecto, la denominada calidad funcional de una norma³⁴. Este guión interpretativo no sólo acoge la voluntad del legislador sino también las consecuencias de la norma, reconocibles y ponderables. Una norma sólo sería constitucional, desde la perspectiva del reparto de competencias, si sus objetivos y efectos se enmarcan en el precepto constitucional alegado. La calidad funcional implica, por tanto, la interpretación de las competencias conforme a la función, y la inserción en dicha función de la norma controvertida. En el caso del art. 72.2, la Grundgesetz inquiera el efecto real de la norma federal y la falta de efectividad de las normas de los Länder, lo cual exige aplicar un test a las normas federales para confirmar si son necesarias y si cumplen el fin perseguido³⁵.

Su propuesta exige dos pasos, primero un control de la eficiencia de la norma como tal, la «eficiencia interna», y segundo su «eficiencia externa», es decir, dentro del sistema competencial³⁶. Este segundo paso atiende a la protección de las competencias legislativas de los Länder, como demanda el art. 70 GG, y a la unidad de la Constitución³⁷. Las competencias del Bund y de los Länder, por tanto, deben interpretarse conjuntamente y conforme a la función, con el control de la eficacia o eficiencia como criterio de la calidad funcional. Como posible instrumento de apoyo del Tribunal recuerda las valoraciones de pronóstico, si bien no desarrolla sus posibilidades³⁸. Como criterios auxiliares deben incluirse la unidad de la Constitución y la protección de la legislación de los Länder³⁹.

³⁴ La calidad funcional hace referencia a la integración del efecto y fin de la norma como elementos determinantes de su pertenencia a una materia. Esta interpretación permite decidir cuando no es «evidente» la inclusión de una regla en una determinada materia frente a otra. La limitación fundamental de este esquema interpretativo es la aplicación de un test caso por caso, exigencia derivada de la abstracción de la norma competencial. Sin embargo, no implica que no puedan construirse parámetros de aplicación reiterada y controlable. PESTALOZZA, C., «Thesen zur kompetenzrechtliche Qualifikation von Gesetzen im Bundesstaat», *DöV*, 1982, p. 183.

³⁵ SCHOLZ, R., *ob. cit.*, pp. 261-263.

³⁶ *Ibid.*, p. 268.

³⁷ *Ibid.*, p. 270.

³⁸ Sin perjuicio de ahondar en su problemática conviene señalar que las denominadas «valoraciones de pronóstico» hacen referencia al control judicial sobre la prerrogativa de pronóstico, otorgada normalmente a la Administración Pública o, en su caso, al Poder Ejecutivo. Dicha prerrogativa permite aprobar normas que vinculan de un modo condicional consecuencias jurídicas a hechos hipotéticos o hacen depender el otorgamiento de facultades de circunstancias sometidas a un desarrollo futuro aún incierto. HOPPE, W., «Gerichtliche Kontrolldichte bei komplexen Verwaltungsentscheidungen», *Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*, BACHOF, O. (Hrsg.) Beck, München, 1978, p. 301 La doctrina y jurisprudencia alemanas han fijado un elenco de parámetros, aún no bien definido, para el control, siempre lábil, de este tipo de decisión gubernativa. Scholz insinúa la posible traslación de este enjuiciamiento al legislador para fijar los límites de una materia competencial. Como comprobaremos ése es el camino elegido por el BVerfG.

³⁹ SCHOLZ, *ob. cit.*, p. 275.

Su construcción sugiere analizar el fin del art. 72.2, comprobar si la norma federal cumple su fin y si las normas de los Länder no pueden satisfacerlo, en otras palabras, averiguar si la norma federal es necesaria y adecuada, usando como parámetros tangenciales la interpretación sistemática de la Constitución y la protección de la esfera competencial de los Länder. Esta propuesta encontró un enorme eco en la doctrina siendo aplaudida, incluso, como concreción del principio de proporcionalidad en el campo competencial⁴⁰.

La polémica doctrinal, alimentada por el informe final de la Enquête-Kommission, encuentra su punto álgido en la reforma constitucional de 1994. Esta reforma, afectaba, entre otros aspectos de la estructura federal⁴¹, al art. 72 que sufre una notable modificación, tomando como base el informe final de la Enquête-Kommission:

1. *En el ámbito de legislación concurrente los Estados tendrán competencia para legislar mientras y en la medida en que la Federación no haga uso de su facultad legislativa.*
2. *Tendrá la federación facultad de legislar en este ámbito cuando y en la medida en que la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o la preservación de la unidad del derecho o del sistema económico en interés general haga indispensable una Ley Federal.*
3. *Se podrá disponer por Ley Federal que pueda ser sustituida por el ordenamiento regional cualquier regulación que, habiendo sido adoptada por Ley Federal, ya no sea necesaria en el sentido del apartado 2.*

Junto a este artículo la reforma introduce un nuevo apartado en el art. 93 que expresamente compele al Tribunal Federal a fijar el alcance del art. 72.2:

Art. 93.1. *El Tribunal Constitucional Federal decidirá*

2 a: En caso de discrepancia sobre si una ley cumple o no los requisitos del artículo. 72.2, apartado 2, si así lo pide el Bundesrat, el gobierno de un Land o la Asamblea Legislativa de un Land.

Modificada la Constitución con la clara intención de restringir el art. 72.2 y forzar un giro jurisprudencial, con un rico debate doctrinal como trasfondo sobre cuál era el camino que el Tribunal debe tomar, cualquier decisión futura habría de ser polémica. La doctrina había planteado todas las opciones; la aplicación del principio de proporcionalidad, el principio de subsidiariedad, la construcción de un proceso hermenéutico *ad hoc* e, incluso, la posibilidad de que el Tribunal mantuviese su postura⁴².

⁴⁰ RENGELING, *ob. cit.*, p. 776; CALLIES, *ob. cit.*, p. 895; KNORR, Ph., *ob. cit.*, pp. 83-85; KRÜGER, M., *ob. cit.*, pp. 548-549.

⁴¹ Sobre dicha reforma SOMMERMANN, K. P., «El refuerzo de las competencias legislativas de los Länder en la reforma de la Ley Fundamental de 1994», *Informe Pi I Sunyer sobre Comunidades Autónomas 1994*. Volumen 1, Fundació Caries Pi I Sunyer d'estudis autonòmics i locals, Barcelona, 1995; SCHOLZ, R., «Die gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat», *ZG*, 1994.

⁴² KUNIG, *ob. cit.*, pp. 37-42; OETER, S., *ob. cit.*, p. 2.306; PESTALOZZA, C., «Das Bundesverfassungsgericht: Bonner Reform-Allerlei' 98», *JZ*, 1998, pp. 1.044-1.045; SCHMEL, *ob. cit.*, p. 731.

II. LA SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2002

El origen de la decisión son dos leyes federales cuyo objetivo es unificar en el ámbito federal los requisitos exigidos a la formación de los geriatras. El Bund fundamenta su competencia en la vinculación entre el art. 74.1.19 GG⁴³ Y el art. 72.2 GG, argumentando que la norma federal pretende hacer más atractiva la profesión de geriatra, cuestión que afecta a la equiparación en las condiciones de vida y a la unidad económica. Consciente del momento y de las expectativas, la sentencia establece con un detalle y sistemática impecables las exigencias del nuevo precepto y el camino que seguirá la justicia constitucional.

2.1. *La reforma constitucional como telón de fondo*

La reforma constitucional es el punto de partida. Comienza aceptando que el poder de reforma, mediante la modificación del art. 72.2 y la inclusión de un nuevo procedimiento constitucional en el art. 93.1.2a, ha pretendido fortalecer la posición de los Länder y asegurar un efectivo examen por parte del juez constitucional. La reforma contiene un claro llamamiento al Bundesverfassungsgericht para que modifique su jurisprudencia.

El Tribunal enfatiza el peso de la reforma haciendo un sucinto resumen no sólo de su génesis, sino de la jurisprudencia que la motivó, reconociendo las críticas y las consecuencias para el ámbito competencial de los Länder. La conclusión es evidente; el sentido del nuevo art. 72.2 es proteger a los Länder frente a posteriores recortes en su capacidad legislativa. Este objetivo sólo puede alcanzarse si la cláusula de la indispensabilidad es considerada justificable. Asimismo, afirma, caso de no ser justificable el art. 93.1.2a carecería de sentido. En la búsqueda de diversos preceptos constitucionales recuerda cómo la Grundgesetz otorga a los Länder la competencia sobre todas las materias no reservadas expresamente al Bund, hecho que pondría de relieve *«que no cabe inferir de la interpretación de la norma ni del sistema competencial una prioridad de la legislación del Bund sobre la de los Länder. Al contrario: el fundamental derecho a legislar que el art. 70.1 GG concede a los Länder sólo puede ser limitado bajo concretas premisas. El alcance jurídico del análisis jurisdiccional de los rasgos centrales de dicho presupuesto para la actuación del 72 depende de la prerrogativa que se otorgue al legislador federal para valorar libremente la situación real y el pronóstico sobre su efectivo desarrollo posterior»* (Absatz 315-316)⁴⁴.

Se decanta expresamente por una interpretación teleológica que atienda al fin perseguido por la norma, reforzando esta decisión mediante un recuerdo a la interpretación sistemática de la Constitución. Ambos criterios hermenéuticos aconsejarían constreñir el alcance del art. 72. En este camino de concretización y restricción del ámbito del precepto acude a la valoración de pronóstico. El BVerfG sigue la propuesta de Scholz.

⁴³ Art. 74. 1. 19 GG: «La legislación concurrente abarca las siguientes materias [...] la admisión al ejercicio de las profesiones médicas, paramédicas y afines».

⁴⁴ BVerfG, 2 BvF 1/01 vom 24 de octubre de 2002 www.bverfg.de/entscheidungen

2.2. *La indispensabilidad como concepto clave*

Desde estas premisas acomete la concretización del precepto. Para ello, como es de esperar en una sentencia que fija una nueva línea jurisprudencial, analiza separada y detenidamente «*los tres posibles fines alternativos que acoge la cláusula de la indispensabilidad como premisas admisibles de la legislación federal concurrente*» (Absatz 317). Es decir, la creación de condiciones de vidas equivalentes en el territorio del Bund; la preservación de la unidad jurídica o económica.

La sustitución de la expresión mantenimiento de la uniformidad en las condiciones de vida por la *creación de condiciones de vida equivalentes* correspondería a un reforzamiento del principio federal. Implica una exigencia mayor a la ley federal que no puede ampararse en una simple mejora en las condiciones de vida, por otra parte siempre deseable y posible. De aceptarse la potestad del Bund para mejorar en cualquier caso las condiciones de vida se vaciaría de sentido el art. 72.2, permitiendo sin más la interferencia del Bund en el derecho a legislar de los Lander. Además, carecería también de sentido que en el art. 91. a GG, a propósito de las denominadas «**tareas comunes**», el constituyente fije la «mejora de las condiciones de vida» como premisa para la participación de la Federación en dichas tareas. La elección de distintos términos debe tener origen en una diversa intención. Es fiel, por tanto, a su elección de una pauta hermenéutica inspirada en la interpretación teleológica de la norma, cuyo objetivo se debe insertar en el sentido de la previsión constitucional que otorgaría la competencia al Bund, acudiendo además a una interpretación de carácter sistemático.

Por tanto, «*el Bund no puede interferir en la competencia de los Lander antes de que el bien jurídico de la equiparación en las condiciones de vida sea amenazado, situación que tendría lugar si las condiciones de vida en los Lander se desarrollasen en uno modo tan notablemente dispar y perjudicial entre sí que amenazase la estructura social de la federación o dicho desarrollo se perfilase de un modo concreto*» (Absatz 321). Cuando el análisis riguroso del momento actual y del desarrollo futuro permita concluir un escenario como el descrito, podrá hacer uso el Bund de la legislación concurrente. La postura del Tribunal sufre un giro copénicano. La uniformidad en las condiciones de vida era una predecisión política que no podía ser enjuiciada, mientras la creación de condiciones de vida equivalentes se considera un concepto mensurable objeto de una hermenéutica restrictiva. Debe comprobarse la posibilidad de un perjuicio *notable* a dicha equiparación, amenaza plasmada en un *desarrollo actual concreto* que afecte a la estructura social o a *una hipótesis futura aprehensible*. La consecuencia lógica será que el Bund deberá argumentar de un modo coherente con estas rígidas premisas el recurso a esta cláusula que, de aplicarse en los términos recogidos en la decisión, perderá su potencial competencial⁴⁵.

⁴⁵ CALLIES, Ch., «Kontrolle zentraler Kompetenzausübung in Deutschland und Europa: Ein Lehrstück für die Europäische Verfassung», *EuGRZ*, 2003, p. 191.

En cuanto *a la preservación de la unidad jurídica en pro del interés federal*; la coexistencia de diferentes posiciones jurídicas de los ciudadanos es una lógica consecuencia del orden federal. La multiplicidad de ordenes legislativos sólo cumpliría las premisas del art. 72.2 cuando implicase consecuencias perjudiciales para los Länder o el Bund. En concreto, «*la diferencia entre las leyes o la inactividad legislativa de los Länder en una determinada materia, debe amenazar el bien jurídico común de la unidad del derecho entendido como la conservación del correcto funcionamiento de la comunidad jurídica*» (Absatz 325). Sólo sería indispensable la ley federal cuando este tratamiento jurídico diferenciado conllevara inseguridades jurídicas que obstaculizasen el tráfico jurídico más allá del territorio del Land⁴⁶.

Por lo que respecta a la *preservación de la unidad económica en pro del interés federal* hace referencia a la preservación del correcto funcionamiento del espacio económico en el Bund mediante una regulación unitaria. Las diferencias entre la legislación de los Länder pueden erigir barreras u obstáculos al tráfico económico en el Bund, entorpeciendo en particular el reparto del potencial personal y material, también pueden ser perjudiciales para la economía global las diferencias efectivas entre los Länder. Si de la regulación o de la inactividad de los Länder se deducen dichos perjuicios el Bund es competente *ex art. 72.2*.

Ahora bien, respecto a esta tercera premisa mantiene una interpretación más generosa. No sólo se puede predicar la unidad económica del denominado derecho económico sino que puede justificar la interferencia del Bund en cualquier materia del art. 74 GG. De hecho, para la construcción de un espacio económico único es indispensable una ley federal «*si asegura la unidad en la formación profesional o se ocupa de establecer iguales posibilidades de acceso a la profesión u oficio [...] Diferentes premisas de formación o admisión en el espacio económico pueden crear barreras perjudiciales, o la concentración o reducción de los aspirantes a su ejercicio en determinadas regiones, o pueden perjudicar el nivel de la formación y con ello entorpecer la oportunidad de dichos aspirantes y el desarrollo de la profesión en el territorio federal*» (Absatz 330). El Tribunal está anunciando en los presupuestos teóricos su respuesta al caso concreto planteado.

2.3. *La concreción de la indispensabilidad mediante la valoración del pronóstico de futuro realizado por el legislador*

Estas precisiones sobre las tres premisas del art. 72 GG no evitan su carácter de conceptos jurídicos indeterminados, la reforma constitucional no convierte al precepto en justiciable sin una hermenéutica adecuada⁴⁷. Su interpre-

⁴⁶ Muestra de esta interpretación restrictiva son los ejemplos que cita como posibles justificantes de la ley federal. Así, una diferente legislación de divorcio que impidiese los mismos efectos de dicha situación en toda el territorio alemán. Diferencias legislativas, por tanto, en temas particularmente relevantes

⁴⁷ CALLIES, Ch., «Kontrolle zentraler...», *ob. cit.*, p. 188.

tación judicial tiene que ir mucho más allá de una mera subsunción, precisa instrumentos interpretativos específicos. Dichos instrumentos no pueden ceñirse al fin declarado por la propia ley, ya que «*quedaría en manos del legislador federal el art. 72.2 y sería falseado el sentido de la reforma constitucional*». La competencia «*puede ser enjuiciada conforme a los efectos reales de la ley en la medida en que sean reconocibles y susceptibles de ponderación*». La opción por una «*ponderación metódica incierta de un desarrollo futuro impide que se pueda exigir a la norma una óptima aptitud. Por el contrario, es suficiente con observar si la ley federal alcanza un mínimo grado de idoneidad conforme al resultado que persigue*» (Absatz 336).

El art. 72.2 obliga a contestar dos preguntas. La primera si la norma es indispensable para proteger el bien jurídico contenido en el art. 72. Y la segunda cuál debe ser el alcance de la norma del Bund, esto es, en qué medida es indispensable. Precisamente la indispensabilidad es el punto central para determinar la competencia del Bund. La Grundgesetz, reitera, otorga a los Länder la prioridad en su derecho a legislar, y el criterio de la indispensabilidad remite «*la legislación del Bund a la menor interferencia posible en dicho derecho de los Länder. La ley federal sólo será indispensable en la medida en que sin dicha ley [...] los fines del art. 72.2 [...] no pudiesen ser alcanzados o se lograsen de un modo insuficiente*» (Absatz 338)⁴⁸. No cabe la aprobación de una ley federal con base en el art. 72.2 si la legislación de los Länder puede proteger los intereses en él contenidos. Ahora bien, no basta con la posibilidad teórica de una normativa idéntica en todos los Länder, porque dicho supuesto dejaría sin objeto la competencia del Bund y, además, la norma no pretende «*sustituir la unidad derivada de una norma federal por la uniformidad en la legislación de los Länder. El sentido de la sistemática constitucional federal es abrir a los Länder campos propios de competencia para desarrollar normas diferentes y particulares*» (Absatz 339).

⁴⁸ El paralelismo con el segundo paso del principio de proporcionalidad es evidente. Resulta aún más palmario con el original en alemán. Así, el BVerfD ha exigido a la injerencia del poder público en los derechos fundamentales que: «*der Eingriff zur Erreichung des vom Gesetzgeber angestrebten Ziels [...] erforderlich sein muß, d.h. daß das Ziel nicht auf eine andere, den Einzelnen weniger belastende Weise ebensogut erreicht werden kann*» BVerfDE 49, 24 (58). «*La intervención para alcanzar el fin perseguido por el legislador debe ser necesaria, es decir, que el fin no pueda alcanzarse por otro medio que suponga para el particular una interferencia menor*» En la sentencia que estudiamos el párrafo arriba transcrito en su redacción original afirma «*Art. 72 Abs 2 GG [...] mit dem Kriterium der Erforderlichkeit bundesgesetzlicher Regelung [...] verweist den Bund damit auf den geringst möglichen Eingriff in das Gesetzgebungsrecht der Länder. Erforderlich ist die bundesgesetzliche Regelung danach nur soweit, als ohne sie die [...] Zielvorgabe des Art. 72 Abs 2 GG [...] nicht oder nicht hinlänglich erreicht werden kann*» (la negrita es nuestra). La proximidad entre la valoración de pronóstico, que analiza los posibles efectos de la medida y su oportunidad, y el principio de proporcionalidad ha sido señalada por la doctrina SEETZEN, U., «*Der Prognosespielraum des Gesetzgebers*», NJW, 1975, pp. 429- 430. En la literatura reciente recuerda esta conexión, MEßERSCHMIDT, L., *Gesetzgebungsermessens*, Berliner Juristische Universitsschriften Öffentliches Recht, Berlin, 2002, 970. Sin embargo, el Tribunal no entra en la polémica acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad al sistema competencial, y resuelve siguiendo la valoración de pronóstico sin ulteriores construcciones teóricas. Tras este párrafo habría dado un paso atrás renunciando a valorar la oportunidad del principio de proporcionalidad en el ámbito federal. CALLIES, Ch., «*Kontrolle...*», *ob. cit.*, p. 193, SACHS, M., «*Neuregelung der Altenpflege*», JuS, 2003, p. 398.

Estos son los frágiles cimientos sobre los que debe apoyarse la decisión del Tribunal. Debe enjuiciar si el objetivo perseguido por la ley federal se adecúa a las premisas del art. 72.2 GG, si los medios previstos por la ley parecen idóneos para la consecución de dicho fin, y si no puede conseguirse por los Länder mediante una legislación diferenciada. En definitiva, comprobar la compatibilidad del fin de la ley federal con el declarado en el art. 72.2 y evaluar los posibles efectos futuros tanto de esa ley como de una real o hipotética legislación de los Länder. Por tanto, el Juez constitucional debe extraer el fin de la norma federal, constatar su compatibilidad con el objetivo del precepto constitucional, e indagar la posibilidad de que el desarrollo futuro de la norma cumpla con dicho objetivo constitucional. Se analiza un hecho futuro tomando como base una interpretación claramente finalista. Para dicho enjuiciamiento la doctrina alemana ha elaborado la teoría de la valoración de pronóstico para la relación entre la Administración Pública y la jurisdicción contenciosa administrativa, si bien el BVerfG ha aceptado su traslación a la actividad legislativa.

Sin embargo esta traslación exige modificaciones. El control de pronóstico de una decisión legislativa exige del juez no sólo una perspectiva temporal diferente de la habitual, *ex ante*, sino que se sitúe en la posición del legislador, entendiéndose con esta afirmación la restricción de su indagación a los datos que estaban al alcance del legislador cuando aprobó la norma. La posibilidad de una valoración distinta de la realizada por el legislador depende de que el juez lleve a cabo una valoración más detenida del desarrollo futuro y no del acierto respecto al desarrollo futuro real⁴⁹. Es una directriz herméutica limitada en sus pretensiones y capacidad al tomar como elemento central la probabilidad de un futuro desconocido y por el respeto a la capacidad de configuración del legislador. Esta ambigüedad ha sido destacada por el propio BVerfG «*La falta de seguridad de los efectos de una ley frente a un futuro incierto no puede excluir la competencia del legislador para aprobar una ley, incluso cuando la incertidumbre sea considerable. A sensu contrario la falta de seguridad no basta para declarar improcedente el control de la valoración del futuro llevaba a cabo por el legislador. El pronóstico conlleva siempre una sentencia de probabilidad, cuyos fundamentos pueden y deben ser comprobados, pero no excluye el enjuiciamiento. La prerrogativa de valoración del legislador depende de factores de diversa naturaleza, en particular del ámbito objetivo en cuestión, de las posibilidades de construir una sentencia segura, y del significado de los bienes jurídicos en juego*»⁵⁰.

Este es el instrumento hermenéutico que emplea el Tribunal para analizar si la norma federal puede ampararse en el art. 72.2 GG. La evaluación del pronóstico sería indispensable «*tanto para juzgar los efectos de una ley como para indagar el probable desarrollo futuro de la situación sin la intervención legislativa del Bund o con la actuación de los Länder*» (Absatz 342). No puede argüirse

⁴⁹ MEBERSCHMIDT, K., *ob. cit.*, p. 994.

⁵⁰ BVerfGE 50, 290 (pp. 332-333).

que «los desarrollos futuros son inciertos como fundamento de un espacio de decisión completamente libre al legislador». Los juicios de pronóstico se fundamentan en la fijación de las circunstancias susceptibles, a su vez, de examen y medición. En particular, es posible el examen de «las circunstancias pasadas y actuales, y si el legislador se ha basado en estudios de la situación completos o ha descuidado aspectos relevantes. Estos estudios sólo pueden referirse lógicamente a aspectos importantes para el presupuesto de hecho y al legislador le corresponde un espacio de decisión razonable para fijar el presupuesto de hecho relevante. En la medida en que las inseguridades del pronóstico puedan pulirse mediante datos empíricos certeros y principios fundados en la experiencia, se reduce el espacio del pronóstico» (Absatz 343).

En otros términos, el legislador goza de una amplia libertad para fijar los presupuestos de hecho de una norma. No en vano la potestad del juez de lo constitucional de revisar los presupuestos de hecho en una controversia está directamente relacionada con la función o posición constitucional que corresponde a la instancia que adoptó la decisión⁵¹. La Constitución no predetermina la elección legislativa de los presupuestos de hecho, ni precisa criterios para su valoración, por ello, el Tribunal sólo podría indagar en qué medida el legislador ha considerado y ponderado la corrección y complitud de los hechos que motivan la ley. Este análisis se vincula directamente con la valoración de pronóstico, cuya base es la fijación de los presupuestos de hecho⁵². En este sentido el legislador tiene la prerrogativa de concretar libremente el pronóstico en la medida en que pondera adecuada y razonablemente los datos empíricos y las experiencias aportadas al proceso de elaboración de la norma⁵³.

Lógicamente este tipo de procedimiento intelectual conlleva la posibilidad de que el pronóstico no sea certero y los acontecimientos no se ajusten a lo esperado, riesgo inherente al proceso que no implica *per se* la inconstitucionalidad de la decisión. El enjuiciamiento de la prerrogativa de valoración del legislador debe atender a las premisas empíricas y normativas bajo las cuales se aprueba la legislación. De este proceso hermenéutico no cabe esperar una única respuesta ante la constelación de posibilidades, sino diferentes soluciones. Es preciso un análisis global que observe simultáneamente la situación objetiva y los intereses protegidos, y preste especial atención a la objetividad y razonabilidad de las expectativas que subyacen a la ley. No en vano, el control del pronóstico se centra en sus precedentes y en el procedimiento llevado a cabo para su concreción, nunca en sus resultados⁵⁴. No depende de la eviden-

⁵¹ OSSENBÜHL, F., «Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht», *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Erste Band*, STARCK, Ch. (Hrsg.), J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, p. 470.

⁵² *Ibidem*, pp. 482-483.

⁵³ BREUER, R., «Legislative und administrative Prognoseentscheidungen», *Der Staat*, 1977, p. 40.

⁵⁴ El control de los precedentes del pronóstico puede consistir en 1) La eliminación de la probabilidad mediante datos empíricos, desapareciendo el espacio del pronóstico; 2) La valoración y averiguación de los datos disponibles, partiendo sólo de los datos más importantes y los hechos relevantes. 3) Un control basado en las experiencias generalmente conocidas y las posibilidades racionales de conocimiento. En cuanto al control del procedimiento puede referirse a: 1) La elección del método conforme a la ciencia

cia, sino de la aplicación de métodos conocidos o, al menos, de la obtención de un resultado (incluso intuitivo) que puede constatarse mediante métodos de pronóstico representativos⁵⁵.

Llevadas estas precisiones al análisis de una ley federal conforme al art. 72.2 GG, el Juez de lo constitucional debe comprobar los siguientes aspectos: la fundamentación de cualquier suposición sobre las circunstancias, las cuáles a su vez deben haberse fijado cuidadosamente o, al menos, ser susceptibles de confirmación en el marco de un proceso judicial; el pronóstico debe apoyarse en un procedimiento adecuado y seguirlo de modo coherente; en los resultados del pronóstico ha de comprobarse si los puntos de vista determinantes están plasmados con la suficiente claridad o cabe su constatación en un proceso de control de las normas y si en dicho resultado no han influido apreciaciones ajenas. Este proceso debe permitirle comprobar si la ley federal cumple o puede cumplir el fin pretendido la equiparación en las condiciones de vida, o la preservación de la unidad jurídica o económica.

2.4. *La aplicación del esquema teórico desarrollado al caso concreto*

El Bund fundamentó su competencia para regular la formación de los geriátras en las distintas premisas del art. 72.2 GG, es decir, la creación de condiciones de vida equivalentes, la preservación de la unidad jurídica y económica. Tras la exégesis del proceso hermenéutico exigido por la nueva redacción constitucional, el Tribunal aborda el caso concreto, siguiendo de modo impecable el orden fijado en las premisas teóricas.

Así, respecto a *la creación de condiciones de vida equivalentes* la ley tiene como objetivo esencial elevar el nivel formativo de los geriátras, y mejorar los déficits en la calidad de la geriatría. Indudablemente «*la situación actual y futura de los geriátras y de sus pacientes forma parte del concepto condiciones de vida*» (Absatz 349). Pero este hecho no basta para cumplir las exigencias competenciales constitucionales. El art. 72.2 «*exige que la ley federal contrarreste un desarrollo dispar de las condiciones de vida de los geriátras o de sus pacientes. Las normas de los Länder deberían en uno o más Länder, a causa de sus deficiencias provocar carencias [...] No cabe hablar antes de este momento de faltas en la equiparación de las condiciones*» (Absatz 350). Sin embargo, este hecho no ha podido comprobarse ni en el procedimiento legislativo ni en el proceso normativo. Ninguno de los informes o estudios llevados a cabo por el legislador con vistas a la elaboración de la ley ha identificado de modo mínimamente fehacien-

actual. Los métodos deben ser apropiados al objeto y al menos científicamente justificables; 2) La coherencia en la aplicación del método; 3) Las conclusiones del pronóstico, construyendo el análisis a su razonabilidad, plausibilidad y representatividad. Estos axiomas pueden aplicarse alternativa o conjuntamente. Además cabe la aplicación de principios más generales de control; el examen debe ser más riguroso cuanto mayor sea la interferencia, influencia o capacidad de configuración de la decisión; y la prerrogativa de valoración del órgano que fija el pronóstico debe ser más amplia cuanto más incierto sea el desarrollo futuro. HOPPE, W., *ob. cit.*, pp. 310-312.

⁵⁵MEBERSCHMIDT, K., *ob. cit.*, p. 997.

te y notable, un desarrollo dispar y perjudicial, ni la posibilidad clara de dicho desarrollo en un futuro. Por tanto, no se ha verificado «*que sin la norma unitaria federal se producirá un desarrollo desigual en alguno o algunos Länder específicos*» (Absatz 351). Como consecuencia, la ley no puede ampararse en la creación de condiciones de vida equivalentes.

En cuanto a la preservación de la unidad jurídica, las diferencias en la configuración de la formación de los geriatras no la dañan per se. En este sentido apunta la existencia de un acuerdo marco entre los Länder que garantiza el reconocimiento recíproco de los títulos.

Ahora bien, la ley indispensable para la preservación de la unidad económica. La norma federal evita o ataja los efectos económicos negativos derivados de las diferencias en la formación de los geriatras. El Bund ha constatado que es ineludible un incremento en el número de geriatras dados los cambios demográficos, siendo necesario hacer la profesión más atractiva y facilitar la movilidad de los profesionales. La uniformidad en su formación preservaría la unidad económica al cumplir ambos objetivos, conclusión avalada por informes científicos que aconsejan una urgente y progresiva reforma. La excesiva diversidad legislativa ha perjudicado la imagen de la profesión en el ámbito federal. Paralelamente el nivel de exigencia sería tan dispar entre Länder que ni siquiera existe una cualificación mínima común entre los profesionales. La constitucionalidad de la ley no deriva de la variedad legislativa en sí, sino del perjuicio que pueda causar a los bienes jurídicos contenidos en el art. 72.2. Si las insuficiencias en la unidad económica pudiesen evitarse por los Länder, la ley federal sería superflua. Sin embargo, en este supuesto era precisa la ley federal para preservar el correcto funcionamiento del espacio económico común. La sentencia lleva a cabo una nueva interpretación restrictiva del art. 72.2, que podría ser eficaz, como muestra su rechazo de la concurrencia de la premisa «creación de vida equivalentes», pero resultaría aparentemente desmentida por su interpretación de la unidad económica. El resultado es la confirmación de la constitucionalidad de la ley⁵⁶.

Con independencia de la resolución del caso concreto, la sentencia marca un hito, pudiéndose calificar de auténtico leading case que elabora una hermenéutica arriesgada y nueva en el campo competencial, aceptada por parte de la doctrina pero que había carecido de interés para la jurisprudencia⁵⁷.

El telón de fondo es la interpretación teleológica de las premisas del art. 72.2 GG. Referir este criterio interpretativo a una materia competencial implica el análisis conjunto y armónico del fin del precepto constitucional y de la norma controvertida, exigiendo una coherencia entre dicho objetivo y los efectos que cabe esperar de la ley. La interpretación de la competencia federal es

⁵⁶ Algunos autores se preguntaron sino se produciría una sustitución de la «uniformidad en las condiciones de vida» por la «unidad económica», en otras palabras, al ser tan estricta la interpretación de la equiparación en las condiciones de vida, el Bund recurriría a la unidad económica. La victoria de los Länder habría sido pírrica y el sistema competencial no se vería alterado por la nueva jurisprudencia. BRENNER, M, «Die Neuregelung der Altenpflege- NJW 2003», *JuS*, 2003, p. 854.

⁵⁷ Siendo adjetivada por ello de «Victoria en la derrota», CALLIES, Ch., «Kontrolle zentraler...», *ob. cit.*, p. 190.

ciertamente restrictiva, como muestra la comprensión del Tribunal de la creación de condiciones de vida equivalentes y de la unidad jurídica, con la posible excepción de la construcción referida a la unidad económica⁵⁸. Este proceso se concretiza mediante la doctrina de la valoración de pronóstico, técnica ideada para que los órganos jurisdiccionales puedan enjuiciar decisiones dependientes de un futuro incierto. Con esta finalidad el juez debe atender a la coherencia del proceso seguido por el órgano que tomó la decisión para llegar a la misma, así como el rigor de los presupuestos que le sirvieron de base. De las pautas hermenéuticas lábiles pero útiles de la interpretación teológica y sistemática y con la exigencia de la indispensabilidad de la norma federal como plasmación de la protección de los espacios atribuidos a los Länder, crea un esquema alternativo al hasta entonces defendido. Las preguntas inmediatas que suscita esta sentencia, más allá de la descripción del proceso intelectual seguido y de la resolución del caso concreto, son su impacto sobre casos posteriores y sus consecuencias teóricas para el entramado constitucional global, aparte de las meramente competenciales por otra parte nada desdeñables. Por ello, aunque la doctrina esperaba impaciente la nueva jurisprudencia, ésta provocó un nuevo debate. La polémica fue tan controvertida que la opiniones se movieron entre los dos extremos, desde los que pedían la inclusión de los nuevos criterios en la Grundgesetz⁵⁹, hasta los que temían que se hubiese llegado demasiado lejos en detrimento del legislador federal⁶⁰ y de la posición de la justicia constitucional⁶¹, pasando por los que se preguntaban si sería capaz de frenar la expansión de la legislación concurrente⁶².

III. LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR: EN PARTICULAR LAS SENTENCIAS «JUNIORPROFESSUR» Y «STUDIENSGEBÜHR»

La nueva línea jurisprudencial demostró pronto su capacidad para llegar a diversos campos del sistema constitucional de distribución de competencias, modificando axiomas asentados en los últimos años mediante la continua revisión de los criterios hermenéuticos. El siguiente punto álgido es la reestructuración de la legislación marco (Rahmengesetzgebung) en la conocida sentencia *Juniorprofessur* de 27 de julio de 2004. Sentencia que, por primera vez, se pronuncia acerca de la reforma, también en 1994, del art. 75 GG.

Conforme a la jurisprudencia anterior a la reforma constitucional de 1994 la competencia del Bund para fijar el marco «*preserva la potestad fundamental de los Länder de aprobar leyes. El Bund, en interés de la comunidad, fija unos límites pero sin agotar el objeto ni regular todas sus particularidades. La norma*

⁵⁸ SACHS, M., *ob. cit.*, pp. 397-398.

⁵⁹ HUBER, P. M., «Kommissionsdrucksache 0008» Kommission von Bundestag Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung. www.f.bundesrat.de/Site/Inhalt/DE, p. 8.

⁶⁰ MEYER, H., «Kommissionsdrucksache 0013» *Kommission van ...* pp. 9-10.

⁶¹ *Ibid.*, p. 12.

⁶² SCHOLZ, R., «Kommissionsdrucksache 0005» *Kommission van....* 2005, p. 5.

marco debe respetar un espacio, que posea una relevancia sustancial, a favor de los Lander. Las normas aprobadas por los Lander han de adaptarse al marco federal. Pero, por otra parte, el marco fijado por el Bund dará a los Lander la posibilidad de regular la materia conforme a sus propias peculiaridades. Las normas marco deben permitir y precisar necesariamente el complemento de los Lander para su propia capacidad de actuación, si bien no en todos sus preceptos sino entendidas globalmente»⁶³. Además se aceptó que una norma marco contuviese «reglas acabadas de aplicación directa si existe un fuerte y legítimo interés en la regulación unitaria de la cuestión, en tanto del análisis conjunto de la norma se deduzca que los Lander conservan cierto espacio a completar mediante una decisión propia»⁶⁴. Una ley calificada de Rahmengesetz podía contener preceptos de aplicación directa, si de la lectura global de la ley se deducía un cierto espacio restante para los Länder, mediante la alegación de un interés fuerte y legítimo.

Esta interpretación propició el agotamiento de las materias por el Bund⁶⁵, con la consiguiente crítica doctrinal, que reclamaba la equiparación a la legislación de principios. Acogiendo parte de estas críticas, la reforma constitucional fija en el párrafo primero del precepto la relación entre legisladores, e introduce dos nuevos párrafos que buscan limitar la capacidad de dictar normativa detallada y garantizar el desarrollo de la ley federal por los Länder⁶⁶. A estos cambios se debían añadir los introducidos en el art. 72. No es de extrañar, por tanto, que la doctrina se haya ocupado ampliamente también del art. 75 y de las posibilidades que ofrecía su reforma⁶⁷.

La controversia trae causa en la ley federal que modifica la ley marco de enseñanza superior, siendo la principal novedad la introducción de una nueva figura en la estructura del personal universitario, el Juniorprofessur⁶⁸. Se trata, por tanto, de una ley amparada en el art. 75.1a. GG. En consecuencia, advierte el BVerfG, debe respetar cuatro límites: carácter marco de la norma; exclusión de normas detalladas y preceptos de aplicación inmediata; indispensabilidad de la norma federal; y limitación a principios generales⁶⁹.

⁶³ BVerfGE 4, 115 (129).

⁶⁴ BVerfGE 43,291 (343).

⁶⁵ BULLINGER, M., *ob. cit.*, p. 765, DEGENHART, C., «Art. 75. Rahmengesetzgebung», Grundgesetz Kommentar, SACHS, M (Hrsg.), *ob. cit.*, pp. 1061, GRAMM, C., «Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für ein Umweltgesetzbuch», *DöV*, 1999, p. 542.

⁶⁶ ART. 75 GG: La Federación tendrá, dentro de los supuestos del *el artículo 72, la facultad de dictar normas marco para la legislación de los Länder en las siguientes materias [...] 1 a Las bases de la enseñanza técnica superior [...] 2 Sólo en casos excepcionales podrán las normas marco podrán contener disposiciones de detalle o de -flicción inmediata*».

⁶⁷ MÜLLER, M. D., *ob. cit.*, pp. 114 Y ss, PESTALOZZA, Ch., «Artikel 75", *Das Bonner Grundgesetz, Band VIII, ob. cit.*, pp. 1304-1318, JARASS, H. D., «Allgemeine...», *ob. cit.*, pp. 1093-1096, SOMMERMANN, K. P., *ob. cit.*, pp. 922-924, RYBAK, H. und HOFFMANN, H., «Die Verteilung der Gesetzgebungsrechte zwischen Bund und Under nach der Reform des Grundgesetzes», *NVwZ*, 1995, pp. 234-235.

⁶⁸ BVerfG, 2 BvF 2/02 vom 27.7.2004. www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen

⁶⁹ Esta última como barrera adicional en la materia «enseñanza superior», introducida también en la reforma. En aras de un sucinto estudio de la sentencia, centrado especialmente en el nuevo art. 72.2, obviaremos sus implicaciones concretas, no obstante conviene destacar que el Tribunal enfatiza la necesidad de que el espacio concedido a la Rahmengesetz sea aún menor que .frente a las demás materias del art. 75 GG (Abs. 107).

Comienza recordando las líneas centrales de su jurisprudencia, es decir, la configuración definitiva de la Rahmengesetz precisa la colaboración entre el legislador del Land y del Bund. Este debe fijar un marco al cual se adaptará la normativa del Land, sin predeterminedar de modo absoluto la decisión del Land, cuya potestad legislativa no puede reducirse a la estricta elección entre posibilidades preestablecidas ni a la mera ejecución. La Rahmengesetz se dirige fundamentalmente al legislador del Land, como ha destacado la reforma de 1994, y no debe contener derecho directamente vinculante para los ciudadanos. La palabra marco es un llamamiento al legislador del Land. Una norma acabada es descartada, entendiéndose también que reviste dicho carácter cuando de la interpretación de la Rahmengesetz se infiera que sus espacios sólo pueden completarse de un modo fijado por el Bund. Los huecos de la ley deben permitir diferentes soluciones.

Tras esta reiteración de los rasgos principales de la Rahmengesetzgebung, acomete la matización de diversos aspectos de la misma, con importantes consecuencias para el sistema competencial. Cabe la inclusión eventual de normas detalladas en una Rahmengesetz, pero *«en la interpretación de caso excepcional, recogido ahora en el art. 75.2 GG, debe tomarse como trasfondo la reforma constitucional, y desde ahora enfatizarse de modo especial que la norma marco del legislador federal permita al Land una configuración legislativa propia»* (Absatz 92). Este nuevo párrafo *«fundamenta formalmente un refuerzo de la exigencia al Bund de justificación»*, es decir, *«para apartarse del caso constitucional general del art. 75.1 GG el Bund precisa razones especiales»* (Absatz 93)⁷⁰. El recurso a un interés legítimo y fuerte ya no es bastante *«dado el fin de la reforma constitucional de reforzar sensiblemente las posibilidades competenciales normativas de los Länder»*. (Absatz 94)⁷¹.

En último lugar, la Rahmengesetzgebung debe respetar el art. 72, *«sin que las exigencias de las premisas del art. 72.2 sean menos estrictas que respecto de la legislación concurrente»* (Absatz 96). La reforma constitucional exige que una Rahmengesetz se dirija directamente al legislador del Land, restringe cualitativamente la posibilidad de una excepción a dicha regla, y endurece las premisas del art. 72.2. Ninguno de estos requisitos será satisfecho por la norma recurrida.

En primer lugar, la norma federal *«traspasa los límites admisibles para la fijación del marco de la enseñanza superior»* (Absatz 114). La figura del Juniorprofessur, punto central de la ley, *«contiene normas detalladas que permiten a los Länder posibilidades regulativas subordinadas. Se impone a los Länder la estructura del personal, con escasas posibilidades de variación salvo contadas excepciones. El legislador federal desconoce que la competencia sobre la Rahmengesetzge-*

⁷⁰ El Tribunal alarga la categoría de justiciable al «caso excepcional», HUFEN, F., «Unvereinbarkeit der Juniorprofessur mit dem Grundgesetz- Grenzen der Rahmengesetzgebung des Bundes», *JuS*, 2005, p. 68.

⁷¹ *La praxis constitucional ha sido hasta ahora demasiado generosa, por ello debe acentuarse el carácter cooperativo de la competencia. Las implicaciones centrales de esta norma como proceso de fijación de normas cooperativo no fueron convenientemente consideradas. En la reforma constitucional hay una clara advertencia del poder de reforma al BVerfG para que modifique la jurisprudencia hasta ahora defendida* (Absatz 90).

bung no le ofrece la misma capacidad de configuración política que otras competencias legislativas » (Absatz 115).

La ley no deja a los Länder *cuestiones de peso sustancial*, al fijar detalladamente las condiciones de contratación de los profesores y el procedimiento y órgano competente. A los Länder no les queda ninguna decisión relevante. Además, determina de modo absoluto el camino a seguir en la formación del profesor universitario, «*el instituto del Juniorprofessur no es concebido [...] como una oferta entre otros caminos para obtener la cualificación requerida, sino como norma obligatoria. Veta a los Länder la configuración propia de este campo central de la enseñanza superior. [...] En cuanto la figura del Juniorprofessur es el núcleo de la reforma y deja tan poco espacio a los Länder, que no puede considerarse que estemos ante un principio general de la enseñanza superior en el sentido del art. 75.1.1 a GG*» (Absatz 124). No es una norma marco porque decide todas las cuestiones relevantes en la materia y predetermina las opciones de los Länder.

En segundo lugar *no cumple las premisas del caso excepcional* recogido en el art. 75.2. Para aceptar la presencia de dicho caso excepcional deben concurrir exigencias de tipo cuantitativo y cualitativo⁷². Respecto de la primera las normas directamente aplicables no pueden suponer una mayoría del articulado de la ley, en la dimensión cualitativa no cabe alegar un interés fuerte y legítimo. Sólo serán admisibles preceptos de aplicación directa si de no incluirse la ley no fuera comprensible o careciera de sentido.

En tercer lugar, *no concurren las premisas del art. 72.2 GG*. Siguiendo siempre el análisis del fin de la norma controvertida y la construcción de la sentencia del 2002, asevera que el Bund no ha demostrado ni un desarrollo dispar intolerable de las condiciones de vida entre Länder, ni una desmembración de la normativa referida. El Tribunal no se detiene en el examen de estas premisas, mientras analiza con cierta profundidad la hipotética ruptura de la unidad económica.

El fin de la norma es «*la capacidad competitiva de los centros científicos. La unidad económica es, en todo caso, un fin tangencial*», como constata que «*la ley fundamenta su indispensabilidad en la eficiencia del sistema de enseñanza superior alemán sin recurrir en ningún momento a implicaciones económicas*» (Absatz 132). De la voluntad expresamente declarada por el legislador no se deduce que pretenda mantener la unidad económica⁷³. Tampoco la ley apta para este fin, de hecho no se infiere de la norma que «*las posibles carencias en la cualificación de los científicos en ciernes [...] sólo puedan solventarse con la introducción en el ámbito federal de la figura del Juniorprofessur, ni que la unidad económica*

⁷² Sobre la oportunidad de una valoración bidimensional JARASS, H. D., «Allgemeine Probleme...», *ob. cit.*, pp. 1.094-1.095, RYBAK, H. und HOFMANN, H, *ob. cit.*, p. 234.

⁷³ Como en la sentencia del 2002 el fin de la norma juega un papel destacado. El proyecto de ley afirmaba que la reforma pretendía modificar la estructura del personal en la enseñanza superior, recortar el tiempo de cualificación de los investigadores, fortalecer su independencia y reducir la edad de acceso a su primer puesto como profesores. Sin embargo, no ha sido capaz de justificar que la única vía para dicho fin deba ser la figura del Juniorprofessur. Esta valoración está presente en el análisis de las premisas del art. 72.2 y del 75.2.

se garantice de este modo». (Absatz 133). Además, cabría incluso pensar que *«la capacidad competitiva y de reacción ante los rápidos desarrollos científicos exigirían más bien la creación de diferentes caminos en la formación»* (Absatz 134). La consecuencia es evidente, *«el legislador federal no ha proporcionado ningún argumento convincente sobre la existencia de inconvenientes derivados de las divergencias en las normas de acceso a la carrera universitaria, a las que sólo una norma federal pueda contestar»* (Absatz 135).

La ley es, por tanto, inconstitucional. El temor de que la unidad económica se convirtiese en una cláusula excesivamente abierta desaparece y el Tribunal demuestra una decidida voluntad de cambiar su jurisprudencia en favor de los Länder⁷⁴. El Bund puede *«bajo las premisas de los arts. 72 y 75 perseguir la reforma de la política universitaria mediante la Rahmengesetzgebung [...] dicha ley podría limitarse a construir un modelo de referencia para la enseñanza superior y determinar en particular que tareas deben cumplirse y en que posición en la competencia internacional debe colocarse la Universidad».* (Absatz 148-149) La decisión central pasa a los Länder y el Bund sólo puede orientar su función sin determinar los contenidos. Se otorga a los Länder el núcleo de la configuración de las materias reservadas a la Rahmengesetz, y al Bund una cierta capacidad de guía y coordinación.

La siguiente sentencia que merece la pena traer a colación⁷⁵ es la conocida como *«Studiensgebuh»*⁷⁶. La sentencia trae causa en la ley marco federal que prohibió a los Länder la fijación de tasas universitarias. La cuestión central es, por tanto, si dicha previsión excede el ámbito de una Rahmengesetz, tanto por su detalle como por la falta de indispensabilidad de la medida. El especial interés de la decisión es su impacto evidente en el Estado social ya que desde 1970 las universidades públicas alemanas no cobran, con carácter general, tasa alguna a sus estudiantes. Asimismo, es inevitable recordar la sentencia de los *numerus clausus*, también relacionada con el acceso a la enseñanza universitaria. La controversia se centra en la relación entre la fijación de una tasa universitaria y la equiparación en las condiciones de vida, ya que dicha previsión forma parte de los principios generales de la enseñanza superior. Corresponde, por tanto, aplicar la doctrina elaborada en la sentencia de 24 de octubre del 2002.

Respecto de la primera premisa del art. 72. 2 GG, *«el Bund no puede interferir en la competencia de los Länder antes de que el bien jurídico de la equiparación en las condiciones de vida sea amenazado»* (Absatz 67) pero de las consideraciones desarrolladas en el procedimiento legislativo o en el proceso de redacción del proyecto por el ejecutivo, no *«se deduce la indispensabilidad de*

⁷⁴ KIRCHHOF, F., «Kommissionsdrucksache 0071-neu-e», p. 2, SCHOLZ, R., Kommissionsdrucksache 0071neug», p. 3, BACHMAIER, H.; KRÖNIG, V und STUNKER, J., «Kornmissionsdrucksache 0077», *Kommission von...*, p. 4.

⁷⁵ El Tribunal reitera esta jurisprudencia en sentencia de 16 de marzo del 2004. Sin embargo, centra su atención en los problemas que la reforma constitucional ha generado respecto de la sucesión temporal de normas.

⁷⁶ www.bverfg.de/entscheidungen/BVerfD2BvF1/03_vom_26.1.2005

una ley federal sobre la percepción de tasas universitarias en relación con las condiciones de vida equivalentes» (Absatz 68).

El Bund ha afirmado que la introducción de tasas puede afectar la decisión personal de los estudiantes de iniciar estudios universitarios o de estudiar en un Land o en otro, hecho que afectaría la calidad educativa en los Länder perjudicados por estas decisiones, asimismo, se produciría una migración masiva de estudiantes en el territorio federal. El BVerfG desecha estos argumentos con base en la valoración de pronóstico, es decir, la posibilidad de que la ley evite un hipotético pero previsible futuro perjudicial para la igualdad en las condiciones de vida, que no pudieran corregir los Länder.

Pero la novedad del Tribunal es su interpretación del espacio que corresponde a los Länder en las tareas sociales como órganos democráticamente elegidos. Su postura es tajante. La norma federal unitaria, tras la reforma de 1994, no puede justificarse en la *«aspiración socio-política de abrir lo máximo posible el círculo de la población con acceso a estudios superiores [...] Sino sólo cuando se perfila que la imposición de tasas estudiantiles en algunos Länder conlleva perjuicios a los habitantes de ese Land incompatibles con el bien jurídico de la igualdad en las condiciones de vida»* (Absatz 71). El Bund no habría demostrado que un número significativo de estudiantes pretendan reaccionar a la imposición de tasas mediante un cambio en la elección del lugar de estudio o del centro universitario.

Pero, además, los Länder a la hora de afrontar *«las tareas públicas sociales, en no menor medida que el Bund, deben, conforme a una perspectiva de autoresponsabilidad, proteger el igual acceso a la formación [...] haciendo acopio de las normas, ideadas para introducir tasas universitarias sin perjudicar los sectores de población con menores ingresos»* (Absatz 72). No cabe pensar que la legislación de los Länder no atiende a las necesidades sociales. Los Länder, como poderes públicos vinculados al ordenamiento constitucional, responden igualmente a las demandas del Estado social cuyos principios afectan tanto al Bund como a los Länder, no sirviendo de coartada para conferir potestades.

Respecto del descenso en la calidad de la enseñanza en aquellos Länder que fijen tasas por un descenso del alumnado, cabría pensar que las universidades se beneficien de estos ingresos y *«con ello la posible mejora de las condiciones incrementa su atractivo»* (Absatz 75). Se refuerza, así, la exigencia de una clara fundamentación de la decisión al Bund, tomando en consideración todos los escenarios posibles. Dentro de este iter interpretativo, la posible duda debería resolverse en favor del ámbito competencial del Land.

Por último, tampoco atañe a la equiparación en las condiciones de vida los movimientos masivos de estudiantes, si se produjeran. Ante las posibles consecuencias negativas *«tiene que responder principalmente el Land bajo su propia responsabilidad [...] Incumbe al órgano democráticamente legitimado del Land afectado juzgar si son aceptados los desarrollos perjudiciales causados o que medidas correctoras deben tomarse»* (Absatz 78). Es, por tanto, una premisa de la indispensabilidad de la norma federal la imposibilidad de que los Länder

contrarresten cualquier consecuencia dañina sobre las condiciones de vida. En este sentido, acepta el Tribunal, incluso, que se tomen medidas relativas a la admisión de alumnos.

La conclusión de este examen restrictivo es evidente; el Bund no ha demostrado que los Länder no puedan garantizar por sí mismos la equivalencia «*La consideración de que la decisión de fijar tasas por determinados Länder pueda forzar políticamente a otros Länder, por razones de competencia, a introducir dichas tasas, no muestra ningún peligro para la equiparación en las condiciones de vida*» (Absatz 79).

Cabría pensar que el BVerfG ha modificado su jurisprudencia respecto a 1972. La sentencia de los *numerus clausus* no mencionaba el art. 72.2 pero la igualdad en el ámbito federal fue determinante para considerar la normativa de los Länder inconstitucional. Afirmaba en aquella ocasión el Tribunal que la divergencia normativa no viola el principio de igualdad entre los ciudadanos cuando su origen se encuentra en la diversidad de legisladores y siempre que tutelase el Land un tratamiento igual a todos los ciudadanos afectados por su medida. Sin embargo, matizaba, «*si la competencia de un legislador del Land recae sobre una materia que, por su naturaleza, traspasa las fronteras del Land, afectando la posición jurídica garantizada en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos de la Federación, pueden los beneficios creados para los ciudadanos del Land ocasionar un tratamiento desigual para los ciudadanos de otro Land*»⁷⁷.

Consciente de que la sentencia parece contradecir la decisión de los *numerus clausus*, afirma que en este supuesto no estamos ante «*un sistema interconectado que convierta en indispensable la regulación federal para conseguir una utilización de las capacidades formativas más allá del territorio de cada Land*». Por este motivo, en tanto que el Bund "hace referencia a la violación de la igualdad de aquellos ciudadanos que no puedan sustraerse, por motivos financieros, a las consecuencias perjudiciales, no justifica suficientemente que el número de afectados sea considerable» (Absatz 77). Este sería el razonamiento de peso en la decisión del Tribunal, junto con la posibilidad de que los Länder adopten medidas que minimicen los perjuicios para los ciudadanos con un menor ingreso, y garanticen la capacidad de los centros educativos. Se mueve en el marco de la valoración de pronóstico, en la exigencia al Bund de una justificación adecuada del perjuicio a la equivalencia en las condiciones de vida, de la capacidad de su normativa para resolver la situación y la imposibilidad de que los Länder garanticen dicho bien jurídico. La afirmación de que el Estado social exige categóricamente una considerable unitarización objetiva⁷⁸, pilar del federalismo alemán, es claramente matizada en favor de la autonomía política de los Länder.

La nueva doctrina respecto del art. 72 habría inclinado la balanza del lado de las potestades de los Länder, mientras tradicionalmente favoreció a un

⁷⁷ BVerfGE 33, 303 (352).

⁷⁸ HESSE, K., *Der unitarische... ob. cit.*, 1962, p. 13.

poderoso y centralista Estado social. A modo de elemento corrosivo, la nueva jurisprudencia habría diluido la potencialidad de la Rahmengesetz primero y del Estado social después como instrumentos en manos del legislador federal para normar amplios campos de la vida socio-política. No cabe sino afirmar que ha modificado sustancialmente los presupuestos del art. 72.2, en relación incluso con esferas especialmente sensibles, y la figura de la Rahmengesetz. La doctrina había afirmado que la nueva redacción de los preceptos exigía del legislador la fundamentación de la competencia, en otros términos, el Bund debía justificar el recurso al art. 72, dándole al Tribunal parámetros conforme a los cuales decidir⁷⁹. Pero quizá la jurisprudencia haya llegado, incluso, más lejos.

El BVerfG ha constreñido el alcance de los preceptos 72 y 75 mediante la interpretación restrictiva de los conceptos en ella contenidos, ha forzado al Bund a detallar cada paso de su decisión conforme a esta nueva hermenéutica, ha empujado la Rahmengesetz a los mínimos, y ha anulado la uniformidad social como justificación de la competencia federal. El eco de sus decisiones llegó a la Comisión para la modernización del Estado federal. El cambio en las estructuras, asentadas sobre los criterios hermenéuticos del Tribunal, fue tal que se insistió en la desaparición de la categoría de la Rahmengesetz, la reducción de las materias objeto de legislación concurrente, incluso se insinuó la posibilidad de adoptar un sistema competencial de separación, y se aconsejaron nuevas figuras. La reforma constitucional no llegó a buen puerto, cerrándose sin acuerdo la Comisión el 17 de diciembre del 2004, pero sus informes demuestran hasta qué punto la nueva jurisprudencia ha alterado los paradigmas competenciales. No en vano se ha llegado a afirmar que la nueva jurisprudencia implica el empuje del federalismo alemán más allá de su habitual consideración como «federalismo de ejecución»⁸⁰. Pero no son los únicos paradigmas que se han visto afectados, ni los más polémicos, en definitiva el reforzamiento de la posición de los Länder era una necesidad largamente sentida entre la doctrina. Las discusiones se han centrado en realidad en la posición que la nueva jurisprudencia otorga al Tribunal Federal en la estructura constitucional y en la oportunidad de los nuevos criterios hermenéuticos.

IV. LA POSICIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ANTE LOS VAIVENES DEL ESTADO FEDERAL

La sentencia del año 2002 abrió la puerta al enjuiciamiento por la justicia constitucional de los conceptos recogidos en el art. 72.2, con el consiguiente análisis de la actividad del legislador. La restrictiva interpretación de la unidad

⁷⁹ SOMMERMANN, K. P., *ob. cit.*, p. 919, KUNIG, Ph., *ob. cit.*, p. 39, DEGENHART, C., «Artikel 72.», *ob. cit.*, p. 1.529, RYBACK, H. und HOFFMANN, H., *ob. cit.*, p. 231, SCHMEL, *ob. cit.*, p. 729, NEUMEYER, C., *Der Weg zur neuen Erforderlichkeitsklausel für die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes (Art. 72 Abs. 2 GG)*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999, p. 155.

⁸⁰ CALLIES, C., «Kontrolle.», *ob. cit.*, p. 193.

económica frenó el impacto real de la decisión y con ello la polémica, pero no la consecuencia teórica a largo plazo. Las sentencias Juniorprofessur y Studiensgebiühr dan un paso más, la doctrina llega hasta sus últimas consecuencias competenciales y penetra en diversos axiomas del Estado federal. El desarrollo de la distribución de competencias y el papel del Tribunal constitucional en el entramado federal suscitan un enconado debate. El BVerfG toma una posición activa, clave, en la delimitación de las competencias legislativas recurriendo a criterios interpretativos próximos al principio de proporcionalidad, cristalizados en la valoración de pronóstico. El nuevo papel del Tribunal y el recurso a nuevos criterios interpretativos son, en realidad, las dos caras de la misma moneda: la búsqueda de un esquema interpretativo válido para delimitar una materia competencial definida mediante un conjunto de exigencias ambiguas al proceder futuro de la federación.

Precisamente el voto particular de los magistrados Osterloh, Lübbecke-Wolff y Gerhardt a la sentencia Juniorprofessur cuestiona frontalmente la decisión por la posición que otorga al legislador federal y por el criterio hermenéutico empleado. Su postura conlleva claras consecuencias competenciales para la normativa marco y para el alcance del art. 72.2. Es un problema con tres vertientes: la relación entre la justicia constitucional y el legislador; la elección del método interpretativo adecuado y las particularidades del sistema constitucional competencial.

El voto particular comienza precisando *«la competencia del Bund sobre la Rahmengesetzgebung es por la mayoría de la sala de tal modo comprimida, que se cierra al Bund prácticamente cualquier posibilidad de una nueva configuración política mediante sus competencias legislativas sobre la materia. El Bund no está limitado, tampoco bajo las premisas del nuevo desarrollo constitucional, a transformar la Rahmengesetz en simple instrumento de coordinación de las decisiones políticas de los Länder, renunciando al desarrollo y ejecución de su propia concepción política. En el Estado de Derecho de la Grundgesetz la legislación es el principal medio de conformación del espacio político. En tanto la Grundgesetz otorga al Bund la potestad legislativa, es suya y no de los Länder la capacidad de configuración política. Axioma válido también para la Rahmengesetzgebung»* (Absatz 154-156) El Bund ha de respetar los límites contenidos en los arts. 72 y 75, pero *«puede llevar a cabo fines políticos y proyectos de reforma [...] y para ello no está constreñido a definir modelos orientativos, proporcionar posibles reglas por conformar o exponer intereses comunes [...] Las normas marco deben hacer un llamamiento al enarrazamiento de las normas de los Länder, pero esto no excluye que la decisión fundamental sobre la ordenación de la materia corresponde al Bund»* (Absatz 157). La reforma constitucional habría reforzado las competencias de los Länder sin privar al Bund de su capacidad de configuración política. Por tanto, de la comprensión de la potestad legislativa derivaría per se un mayor espacio. también para la Rahmengesetzgebung. La distribución de competencias, el carácter marco de la potestad no modificaría el pilar central de la potestad legislativa: la capacidad de configuración política. En consecuencia, la comprensión generosa de la posición del legislador federal conlleva una concepción de la Rahmengesetz diametralmente opuesta.

Respecto del art. 72.2 GG, la decisión del Tribunal no sólo llega a un resultado erróneo en el caso concreto sino que «*implica el peligro de que el Bundesverfassungsgericht, para juzgar las competencias federales, se vea forzado a decidir sobre cuestiones de naturaleza política, para cuyo enjuiciamiento no dispone de ningún parámetro constitucional*» (Absatz 165). El Bund tiene derecho a legislar cuando y en la medida en que la creación de condiciones de vida equivalentes y la preservación de la unidad económica o jurídica lo hagan indispensable. Pero «*el art. 72.2 GG no determina qué solución sustantiva debe elegir el Bund [...] Ni cómo. El único objeto de la delimitación de competencias es si una materia puede ser regulada o no por el Bund*». Inquirir si «*una norma es indispensable de acuerdo al contenido elegido por el legislador, implica preguntarse [...] por su proporcionalidad, cuestión jurídico-material. El legislador es fundamentalmente libre para concretar fines [...] y el Bundesverfassungsgerichts tiene que respetar un espacio en su valoración del legislador. Al examinar la indispensabilidad de la norma respecto de un objeto determinado (en este caso las premisas del acceso a la carrera de profesor) y del contenido normativo (en este caso Juniorprofessur en lugar de Habilitation), como parámetros del art. 72, la mayoría ha empujado el examen de la indispensabilidad material al nivel competencial.*» (Absatz 167). Esta decisión puede convertir las premisas del art. 72.2 en «*vehículo para llevar a la práctica deseos políticos [...] así como una pérdida en claridad y seguridad jurídica en la delimitación de competencias entre legisladores*» (Absatz 168)⁸¹.

En otros términos, la elección de un método interpretativo ligado al contenido sustantivo de la ley, desde la perspectiva de la indispensabilidad de la medida, otorgaría al Tribunal una posición central, en detrimento del legislador. Esta situación sería especialmente grave en materia competencial, caracterizada por fijar la potestad de los entes pero no el contenido de sus decisiones. La premisa de la actuación del legislador, su competencia, depende de un criterio interpretativo jurisdiccional excesivamente maleable e inestable, afectando el equilibrio entre el legislador y el Tribunal y, por supuesto, la seguridad jurídica.

La discusión acerca de la relación entre el método interpretativo seguido por la jurisprudencia y su posición en la estructura constitucional ha sido continua en la doctrina alemana⁸², centrándose en particular en el principio de proporcionalidad. Sin perjuicio de la más que probable relación entre el principio de proporcionalidad y la valoración de pronóstico, esta segunda técnica plantea diversos inconvenientes, en particular su proximidad a las decisiones políticas y, en consecuencia, la falta de racionalidad.

Definido como el «*arte de la probabilidad*», el pronóstico supone un elemento esencial e imprescindible del proceso político, en definitiva los errores en las decisiones políticas suelen ser errores respecto de las predicciones y la

⁸¹ Su postura también tiene consecuencias para la comprensión del «caso excepcional» recogido en el art. 75 2. Ya que la reforma constitucional no impediría el recurso al interés general, incluso la necesaria unidad federal de dicha decisión estructural fue «*la justificación de la necesidad de una Rahmengesetz en relación con los principios generales de la enseñanza superior para el poder de reforma constitucional*».

⁸² Un resumen de dicha discusión con abundante bibliografía en MEBERSCHIDT, K, *ob. cit.*, pp. 341 y ss.

discusión política se encauza mediante la confrontación de diferentes interpretaciones de los desarrollos futuros. En cierto sentido la discusión política es posible porque el pronóstico adolece de una tremenda inseguridad, de hecho la búsqueda de su control jurídico implica forzar la racionalidad. Esta búsqueda forzada de la racionalidad sería el límite y la legitimación constitucional de un control que permitiría optimizar la calidad de la decisión política⁸³.

Frente a esta posición, se ha argumentado que no son objetivamente apreciables los intereses y valores que dependen de la valoración de una expectativa futura, porque ser subordinan a un desarrollo y no otorgan un pronóstico seguro. Esta incertidumbre solo podría enjuiciarse desde la responsabilidad política apartándose de la evidencia que precisa el control judicial⁸⁴, evidencia que depende de la simplicidad racional. En otros términos, si en lugar de caracterizarse un supuesto por la especialización de los detendadores del poder frente a objetivos técnicos y por la racionalidad del proceso estatal, se define mediante la concurrencia de una multiplicidad de intereses y puntos de vista, solo cabe su ponderación libre, poniendo fin al análisis jurídico y judicial⁸⁵. Los propios defensores de la valoración de pronóstico reconocen que implica una cuestión de competencias altamente compleja⁸⁶. Pero la no justiciabilidad de las medidas como parámetro para delimitar los límites de la justicia constitucional, propuesto por los detractores de la valoración de pronóstico, es un criterio problemático⁸⁷. En definitiva, puede arguirse teóricamente que una cuestión no debería decidirse por el Tribunal Constitucional por su naturaleza política pero no hay límites inmanentes a la justiciabilidad, más bien la cuestión se decide mediante el desarrollo jurídico⁸⁸.

El Tribunal parecería encontrarse entre la declaración de la no justiciabilidad, posibilidad que la reforma constitucional excluye mediante el art. 93 .1.2.a, y la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados mediante procesos interpretativos polémicos. La seguridad de los ámbitos materiales y la propia posición del Tribunal son puestos en juego en el empeño de constreñir los presupuestos del art. 72, tal y como la reforma de 1994 pretendía. La elección del método interpretativo puede traer causa en el papel que al Tribunal corresponde dentro del desarrollo jurídico, la conexión entre el topoi hermenéutico y los cambios en los procesos jurídico-políticos es indudable⁸⁹. La nueva jurisprudencia simplemente respondería a los cambios en el Estado federal⁹⁰, la búsqueda de un cambio en el Estado federal alemán ha sido continua tras la reunificación, siendo las mayores muestras la reforma constitucio-

⁸³ OSSENBUHL, E., «Kontrolle von..», *ob. cit.*, p. 501.

⁸⁴ WOLFF, «Aussprache», *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVdStRL*, 1952, p. 12.

⁸⁵ KAUFMANN, E., «Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», *Die Grenzen...*, *ob. cit.*, p. 9.

⁸⁶ OSSENBOHL, «Kontrolle..», *ob. cit.*, p. 470.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 471.

⁸⁸ NAWIASKY, «Aussprache», *Die Grenzen...*, *ob. cit.*, p. 122.

⁸⁹ EHMKE, E., «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», DREIER, R. und SCHWEGMANN, F., *Probleme der Verfassungsinterpretation*, Nomos, Baden-Baden, 1976, p. 210.

⁹⁰ F ABBENDER, K., «Eine Absichtserklärung aus Karlsruhe zur legislativen Kompetenzverteilung im Bundesstaat», *JZ*, 2003, p. 336.

nal de 1994 y el intento de reforma fallido del año pasado. Sin embargo, aunque el Tribunal desempeña en la evolución del derecho constitucional una función esencial, ni es exclusiva ni puede determinar la dirección a seguir⁹¹.

La posición del Tribunal constitucional es particularmente precaria en materia competencial, la competencia se erige en presupuesto de la actividad del legislador, y precisa de reglas estables, claras e uniformes que garanticen el desarrollo de dicha actividad conforme a los dictados de la seguridad jurídica. Asimismo, como regla general, las normas competenciales no imponen fines a los poderes públicos, carecen de contenido sustantivo si bien esta afirmación ha sido matizada por parte de la doctrina⁹², siendo un claro ejemplo de la imposibilidad de considerarlo un axioma de validez general el art. 72.2 GG o el art. 149.1.1 de la Constitución española.

Este conjunto de obstáculos ha llevado a afirmar que la nueva jurisprudencia es fuente de inseguridad jurídica⁹³, coloca al BVerfG en la posición del poder constituyente⁹⁴ y conlleva que el reparto de poder ya no se decida en Berlín sino en Karlsruhe⁹⁵. Estas críticas, sin embargo, no son unánimes y se ha afirmado que la nueva jurisprudencia sólo exige una mayor fundamentación allegislador⁹⁶, simplificación difícil de aceptar. Más plausible es la afirmación de que la incertidumbre de los términos empleados en el art. 72.2 ha determinado el camino de un Tribunal Constitucional apegado a los dictados del poder de reforma⁹⁷. En definitiva una de las grandes cuestiones que plantea la nueva jurisprudencia es hasta que punto el Tribunal Constitucional habría podido permanecer al margen de los dictados del poder de reforma, a pesar de que produjese un movimiento «*de las placas tectónicas de la teoría de la interpretación constitucional*»⁹⁸.

La reforma pretendía contener el alcance de la legislación concurrente y marco siendo para ello el instrumento privilegiado la reelección de las premisas del art. 72. No sólo la introducción de un procedimiento específico en el art. 93 vetaba la posibilidad de seguir considerando sus contenidos no justiciables⁹⁹, sino que de haber seguido afirmando la incapacidad de conmensurar las premisas del art. 72.2 GG se habría frustrado el objetivo de la reforma constitucional de reforzar las competencias de los Länder, al mantener la situación anterior. El Tribunal no contaba con demasiadas armas, y de hecho la doctrina había apuntado cómo no cabía extrapolar el principio de proporcio-

⁹¹ EHMKE, F., *ob. cit.*, p. 177.

⁹² MÜLLER, F., *Juristische Methodik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1990, p. 221.

⁹³ SCHARPF, «Kommissionsdrucksache 0071- neu-a», *Kommission von...*, p. 2.

⁹⁴ HOMBURG «Kommissionsdrucksache 0071- neu», *Kommission von...*, p. 1.

⁹⁵ SCHNEIDER, «Kommissionsdrucksache 0071- neu», *Kommission von...*, p. 1.

⁹⁶ HUBER, «Kommissionsdrucksache 0071- neu», *Kommission von...*, pp. 3-4.

⁹⁷ BENZ, «Kommissionsdrucksache 0071- neu», *Kommission von...*, p. 1 y BACHMAIER, H.; KRÖNIG, Von und STÜNKER, J., *ob. cit.*, p. 4.

⁹⁸ JESTAEDT, M., «Und er bewegt sie doch! Der Wille der Verfassungsgesetzgebers in der verfassungsgerichtlichen Auslegung des Grundgesetzes», *Recht im Pluralismus*, HANS-DETLEF HORN (Hrsg.), Duncker & Humboldt, Berlín, 2003, p. 293.

⁹⁹ SCHMEL, *ob. cit.*, p. 728 En contra NEUMEYER, C. «Der Weg.», *ob. cit.*, 158.

nalidad al campo competencial, pero podía argumentarse en un sentido similar, es decir, buscar la menor interferencia posible en la autonomía política de los Länder. La referencia a la «indispensabilidad» contenida en el art. 72.2 sería la piedra de toque para abrir este camino¹⁰⁰. Es evidente que la nueva doctrina frena la legislación del Bund, de hecho, como hemos afirmado, el voto particular a la sentencia Juniorprofessur afirmaba la constitucionalidad de la ley federal. La relación entre la posición de la justicia constitucional, activa o pasiva, en el entramado federal, el método interpretativo seleccionado y la distribución final de competencias es innegable.

Ante la necesidad de precisar el contenido altamente indeterminado de los arts. 72 y 75, el Tribunal ha recurrido a técnicas poco habituales en materia federal, y ha obtenido su objetivo, proteger los espacios de decisión de los Länder. Los problemas derivados de la inseguridad jurídica podrían contrarrestarse si logra crear un esquema de criterios interpretativos estables, concretos y previsibles en futuras sentencias. Al respecto cabría recordar cómo se ha puesto de relieve que los llamamientos al judicial *self-restraint* de la justicia constitucional toman como base la dicotomía enjuiciamiento político-enjuiciamiento jurídico, pero el elemento irrenunciable es la creación de reglas y máximas que, con reservas y excepciones, puedan ser generalizables¹⁰¹. Posiblemente su capacidad de actuación siempre sea insuficiente para otorgar la seguridad necesaria a los ámbitos competenciales, pero si al Tribunal se le requiere constitucionalmente la resolución de una cuestión, aunque teóricamente sea defendible que concierne al espacio político, debe resolverla¹⁰².

La Comisión para la modernización del Estado federal podría haber propuesto soluciones, pero no llegó a buen puerto. En cualquier caso en sus resoluciones finales simplemente aconsejó la expulsión de diversas materias del campo de la legislación marco y concurrente, medida que solamente habría disminuido el impacto de la nueva jurisprudencia¹⁰³. Su propuesta era filtrar el conflicto, empuñecerlo, no eliminarlo, dejando la puerta abierta a la valoración del Tribunal. Este ha tomado como camino la valoración de pronóstico de la actuación del legislador federal, al que compele a justificar la necesidad de su medida para satisfacer las premisas del art. 72, interpretadas de un modo ciertamente restrictivo, así como a probar la incapacidad de los Länder para satisfacer dichas premisas adecuadamente. Esta opción impone al legislador la obligación de fundamentar, pero la plasmación del fin en la ley puede concebirse como un compromiso débil del legislador, no es un deber constitucionalmente sancionable¹⁰⁴, asimismo, puede haber fines primarios y secunda-

¹⁰⁰ CALLIES, C., «Die Justiziabilität.», *ob. cit.*, p. 896, KRÖGER, D. und MOOS, F., *ob. cit.*, p. 712, KENNTNER, M. «Der Federalismus ist (doch) justiziabel! Anmerkungen zum Altenpflegegesetz- Urteil des BVerfG», *NVwZ*, 2003, p. 822.

¹⁰¹ KRIELE, M., «Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung», *NJW*, 1976, p. 777.

¹⁰² NAWIASKY, *ob. cit.*, p. 122.

¹⁰³ AA.VV., *Dokumentation der Kommission van Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung*, Bundesrat, Berlín, 2005, p. 140.

¹⁰⁴ MEBERSCHMIDT, K., *ob. cit.*, pp. 923-924.

rios, siendo necesario que el Tribunal fije cuáles son los objetivos capitales, con independencia de la voluntad declarada por el legislador¹⁰⁵, como último gran óbice conlleva un juicio de contenidos peligroso en materia competencial. Paralelamente, es de alabar que no se considere la persecución de objetivos sociales prerrogativa *per natura* del legislador federal, y no cabe tampoco arguir, como el voto particular en la sentencia Juniorprofessur, como criterio a favor del Bund la capacidad de configuración política, ya que pertenece también a los Länder. La doctrina había instado al BVerfG a recurrir como directriz implícita la indispensabilidad de la medida federal, pero con el apoyo de la interpretación sistemática de la Constitución y de la protección de los espacios de los Länder, y aunque las sentencias comentadas aluden a la interpretación conjunta de los arts. 72 y 93, y al espacio reconocido a los Länder por en el art. 70, son sólo un argumento ad abundantiam, del que no se extraen consecuencias. El fundamento, y guía de la decisión es la valoración de pronóstico.

Si este camino es adecuado, si consigue frenar al Bund sin entorpecer la seguridad jurídica, ni eliminar totalmente la potestad legislativa concurrente y marco, ni caer en una casuística que haga depender la configuración de las competencias del continuo recurso al Tribunal, son preguntas que sólo la práctica podrá responder. Compelido a escuchar los dictados de la reforma constitucional, el BVerfG ha adoptado una posición central en la estructura federal más por los cambios en la correlación de fuerzas que por deseo propio. La naturaleza dinámica del federalismo habría arrastrado consigo, esta vez, al normalmente impasible BVerfG.

ADDENDA

En el momento de publicarse este artículo ha entrado en vigor la «*Ley de Reforma de la Grundgesetz de 1.9.2006*». A los efectos del presente trabajo merece la pena destacar la derogación del arto 75 GG, con la consiguiente desaparición de las Rahmengesetze.

Las materias que antes se regulaban bajo dicha categoría han sido, básicamente, reconducidas a la legislación concurrente. Por lo que respecta a dicha legislación concurrente, se mantiene la cláusula de la indispensabilidad en idénticos términos, pero se reduce su aplicación a las materias aludidas en diez párrafos del arto 74 GG. Respecto de las demás materias, la legislación concurrente no tendrá dicha cortapisa. Además surge como categoría nueva el derecho de los Länder de apartarse de la legislación federal concurrente en algunas materias (fundamentalmente las que antes englobaba la normativa marco). Medida que introduce una legislación concurrente perfecta en dichas materias, así como un cierto elemento de asimetría en el sistema federal alemán. La reducción a los mínimos de la legislación marco y los duros requisi-

¹⁰⁵ OSSENBÜHL. F., «Die Kontrolle von...» *ob. cit.*, , pp. 514-515.

tos a cumplir por la legislación concurrente han resultado ser casi insoportables para el legislador federal. La desaparición de la normativa marco y la limitación de la capacidad de actuación del artículo 72.2 GG tras la reciente reforma han puesto, así, de relieve que el camino entre la Justicia Constitucional y el Poder de Reforma era de doble dirección¹.

¹ Para un análisis en profundidad de esta reforma es indispensable consultar el *Jahrbuch des Föderalismus 2006*. También es conveniente la lectura del artículo Niderhaus, M/Rademacher, s. «Die große Staatsreform als Ausweg aus der Föderalismusfalle», *LKV*, 2006, p. 385 y ss.