

La lealtad federal en el sistema constitucional alemán

Javier Laso Pérez
Profesor Titular interino de Derecho Internacional,
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CARÁCTER JURÍDICO Y POLÍTICO DE LA LEALTAD FEDERAL.—
1. *La naturaleza jurídica de la lealtad federal: principio general o regla consuetudinaria.* 2. *La lealtad federal y la buena fe en el Derecho privado.*—III. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO DE LA *BUNDESTREUE*.—IV. LOS CARACTERES DE LA RECEPCIÓN DE LA *BUNDESTREUE* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TCF.—1. *La recepción de la lealtad federal y su distinción respecto de la solidaridad.* 2. *El desarrollo de la lealtad federal y su situación central en las relaciones entre la Federación y los Estados miembros.*—V. CARACTERES NORMATIVOS DE LA LEALTAD.—1. *Sujetos obligados por el deber de lealtad.* 2. *Efectos jurídicos derivados de la lealtad federal.*—VI. LOS LÍMITES EN LA APLICACIÓN DE LA LEALTAD FEDERAL.—1. *La imposibilidad de modificar el reparto de competencias.* 2. *La necesidad de que no infrinja otras disposiciones constitucionales.*—VII. LA ACCESORIEDAD DE SUS OBLIGACIONES.—VIII. LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA LEALTAD FEDERAL.—1. *Las obligaciones de hacer.* A) Deber de suministrar información y evacuar consulta. B) La obligación de compromiso. C) Deberes de estilo y procedimiento en las relaciones entre la Federación y los Estados miembros. 2. *Los límites en el ejercicio de las competencias.* A) La vertiente negativa de la lealtad federal y el abuso de derecho. B) Consideraciones sobre el concepto de interés general. i) El interés conjunto y los intereses individuales. ii) El interés general y el interés de la Federación. iii) La difícil prueba de la infracción del interés general. C) La referencia a la *Bundestreue* con el fin de «suavizar» la atribución de una competencia.—IX. LA LEALTAD FEDERAL Y EL PRINCIPIO FEDERAL.—1. *La lealtad federal y el riesgo de desintegración del Estado federal.* 2. *La lealtad federal y el necesario funcionamiento «unitario» o armónico de la estructura federal. La referencia al «sistema» federal.* 3. *La protección de los intereses de los particulares.* 4. *La lealtad federal y los rasgos esenciales que identifican a los Estados federados.*—X. CONSIDERACIONES FINALES: LA LEALTAD FEDERAL EN EL CONTEXTO DEL FEDERALISMO ALEMÁN.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de la *Bundestreue* ha conocido un amplio desarrollo en la jurisprudencia del TCF alemán, que descansa en sus profundas raíces dog-

máticas e históricas en este ordenamiento. Sin embargo, no se trata de un rasgo específico del federalismo alemán sino que se puede afirmar que refleja una necesidad de cooperación entre los componentes del Estado inherente a cualquier estructura descentralizada¹.

De hecho, se aprecia una tendencia a recibir formalmente este deber, aunque no sólo se deben destacar sus analogías sino también sus diferencias en sus caracteres normativos y su diversa situación en el sistema federal.

Desde sus primeros pronunciamientos, el TCF declaró que las relaciones entre la Federación y los Estados federados deben estar presididas por un comportamiento favorable a la Federación, que suponía la obligación de proteger «los intereses comunes así como los bien entendidos intereses de sus Estados miembros»². Luego, los Estados y la Federación no sólo deben cumplir íntegramente sus obligaciones constitucionales sino mostrar en sus relaciones recíprocas una actitud o espíritu «amistoso» que sea favorable a los intereses de los otros componentes del Estado federal y de la propia Federación³.

A partir de estas decisiones jurisprudenciales, BAYER sintetizó la esencia de la lealtad federal en el deber de los componentes del sistema federal, el *Bund* (Federación) y los *Länder* (Estados federados), de «tomar en consideración el interés general» (*Gemeinsamtinteres*), concepto en el que englo-

¹ H. BAUER afirma que, a pesar de su importancia práctica y su significado esencial, es un concepto descuidado por la doctrina (*Die Bundestreue: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1992, p. V). Con carácter general puede consultarse la obra clásica de H. W. BAYER, *Die Bundestreue*, T. C. B. Mohr, Tübingen, 1961 y con referencias al ordenamiento italiano A. ANZON, *La Bundestreue e il sistema federale tedesco: un modelo per la riforma del regionalismo in Italia?*, Giuffrè, Milán, 1995. Asimismo, H. JOACHIM FALLER, «Das Prinzip der Bundestreue in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en P. LERCHE; H. ZACHER; P. BADURA, (eds.), *Festschrift für Theodor Maunz*, Munich, 1981, pp. 53-69; *Ibidem*, «El principio de la lealtad federal en el orden federativo de la república federal alemana», *REP*, 1980, pp. 197-202; H. A. SCHWARTZ-LIEBERMANN von WAHLENDORF, «Une notion capitale du droit constitutionnel allemand: la Bundestreue (fidélité fédérale)», *RDPSP*, 1979, pp. 769-792 y P. M. BLAIR, quien la sitúa en el contexto de los conflictos políticos y de la jurisdicción del Tribunal Constitucional Federal (*Federalism and judicial review in West Germany*, Clarendon Press, Oxford, 1981, esp. pp. 146-206). En la doctrina española se le ha prestado bastante atención; *vid.* L. PAREJO ALFONSO, «Las competencias económicas en Alemania Federal», en *La delimitación de competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución española*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA (ed.), IEE, Madrid, 1980, pp. 149 y ss.; A. JIMÉNEZ BLANCO, *Las relaciones de funcionamiento entre el poder central y los entes territoriales: supervisión, solidaridad, coordinación*, IEAL, Madrid, 1985, pp. 95-108; E. ALBERTÍ ROVIRA, *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, CEC, Madrid, 1986, pp. 235-259; P. SANTOLAYA MACHETTI, *Descentralización y cooperación*, IEAL, Madrid, 1984, pp. 173-180; R. FALCÓN y TELLA, *La compensación financiera interterritorial*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, pp. 145-148.

² *BVerGE*, 1, 299, 315.

³ Sin referirse al problemático concepto de «interés general», K. HESSE destaca que la lealtad federal obliga a los Estados federados y a la Federación no sólo a adoptar un comportamiento correcto en el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, sino a buscar un comportamiento amistoso, una vinculación estrecha que no se limite a sus obligaciones formales (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18ª ed., C. F. Müller, Heidelberg, 1991, p. 108).

ba «el interés del conjunto y el de los otros miembros en sus relaciones recíprocas»⁴.

Estas definiciones se fundamentan en el concepto de interés general, que resulta de difícil precisión en un Estado compuesto, formado por una pluralidad de poderes públicos con intereses diversos aun cuando no necesariamente divergentes. Por esta razón quizá H. A. SCHWARTZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF defina la lealtad federal sin referencia al interés general; se trataría de un comportamiento favorable a la estructura de división vertical de poderes que se encuentra prevista en la LF⁵. Este deber sería muestra de la necesidad de colaboración en los Estados compuestos⁶, pero no se identifica con la actuación simultánea en el ejercicio de las competencias, caracterizada por la existencia de competencias ejercidas en común. Las obligaciones derivadas de la lealtad federal impregnan la totalidad de las actuaciones de la Federación y los Estados federados y preside, especialmente, el ejercicio de sus competencias, que debe tener en cuenta los intereses del resto⁷.

II. EL CARÁCTER JURÍDICO Y POLÍTICO DE LA LEALTAD FEDERAL

La lealtad federal no aparece recogida formalmente en la LF alemana y sólo puede encontrar apoyo indirecto y, según demostró BAYER, no determi-

⁴ «(...) dass die Bundestreue die Pflicht von Bund und Länder ist, in ihrem Verhalten den gemeinsamen Interessen Rechnung zu tragen» (H. W. BAYER, *op. cit.*, p. 55). BAYER incluye dentro del concepto de «interés general» tanto los intereses individuales de la Federación y de los Estados federados como «los quizá distintos intereses del conjunto de los Estados federados» (*Ibidem*). Se trata de una definición ampliamente aceptada, a la cual se remite, entre otros, V. CONSTANTINESCO, *loc. cit.*, p. 106, en la nota 31 del texto que se corresponde por una errata con la nota 32 a pie de página. El TC español utiliza, asimismo, esta referencia al interés general, y señala, por ej., que «en el ejercicio de sus competencias, se abstengan de adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general y tengan, por el contrario, en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí y que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de sus propios intereses» (STC, 64/1990, 5 de abril, «subvenciones de industrias en Galicia», FJ 7). Asimismo, desde su vertiente negativa, que implica un deber de abstención, el TC ha destacado el «deber de lealtad de todos ellos en el ejercicio de sus propias competencias de modo que no obstaculice el ejercicio de las ajenas» (STC, 46/1990, «Ley de aguas de Canarias», de 15 de marzo, FJ 4).

⁵ H. A. SCHWARTZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF mantiene que la lealtad federal supone «la obligación de ambas partes de fidelidad al principio federal, es decir, a la idea según la cual la estructura general implica la complementariedad de dos niveles que se apoyan mutuamente, así como la aceptación en las actuaciones concretas a realizar, de las consecuencias que se derivan de este principio general» (*loc. cit.*, p. 770); definición a la que se remiten, entre otros, A. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 95 y P. SANTOLAYA MACHETTI, *op. cit.*, p. 173.

⁶ En *El Federalista* MADISON puso de relieve que el gobierno federal y los de los Estados son representantes del pueblo, superior común a ambas, y no «rivales y enemigas recíprocas» (*El Federalista*, Fondo de cultura económica, México, 1974, p. 199).

⁷ La función que desarrolla en la estructura federal hace que, en principio, no se encuentre en el ordenamiento internacional un concepto similar. En efecto, como destaca M. LÓPEZ ESCUDERO, resulta

nante, en algunas de sus disposiciones⁸. Es cierto que el propio carácter general de la obligación de lealtad federal no permite que su contenido se pueda plasmar en una disposición expresa sin caer en una afirmación general o en un casuismo detallista.

En ausencia de una disposición expresa en la LF, el TCF ha considerado que este principio deriva de la «esencia» (*Wessen*) o, en otros términos, de la idea o concepto del propio principio federal, previsto en el artículo 20 de la Ley Fundamental⁹. Es, por lo tanto, la propia lógica del sistema y, en especial, la organización territorial de división de poderes prevista en la Constitución¹⁰, la que lo convierte en un principio presente de forma «inmanente» o «inherente» en la Constitución, que se integra dentro del «Derecho constitucional no escrito» (*ungeschriebenes Verfassungsrecht*)¹¹.

Como se ha señalado, la tendencia en los ordenamientos constitucionales es, sin embargo, a recibir formalmente este concepto e integrarlo expresamente dentro de la constitución. Así se aprecia en la nueva Constitución federal belga, en la que se prevé que los componentes del Estado en el ejercicio de sus competencias respectivas «actuarán con respeto a la lealtad federal» (art. 143)¹², así como en el de la Confederación suiza (art. 44)¹³ y en el proyecto consti-

«problemático hablar de delimitación vertical de competencias en el ámbito del Derecho internacional» (*Los obstáculos técnicos al comercio en la Comunidad Europea*, Universidad de Granada, Granada, 1991, p. 34).

⁸ Vid. las referencias de H. A. BAYER, *op. cit.*, pp. 35 y ss. A. BLECKMANN lo relaciona con el artículo 72 LF, introducido en la reforma constitucional de 1969 («Zum Rechtinstitut der Bundestreue. Zur Theorie der subjectiven Rechte im Bundesstaat», *JZ*, 1991, p. 901. Sobre esta reforma, que institucionalizó en parte el «federalismo cooperativo» y en particular las «tareas comunes» previstas en esta disposición, vid. E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, pp. 514 y gs.

⁹ El TCF considera que este principio se deriva de la «esencia» o «idea» del Estado federal (*BVerGE*, I, 299, 315); sobre esta cuestión, H. BAUER, *op. cit.*, p. 9. Esta inferencia resulta «evidente» (*BVerGE*, 3, 52). Sobre el principio federal, vid. E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

¹⁰ En la jurisprudencia aparece específicamente el adjetivo «inmanente», vid., v. g., *BVerGE* 6, 309, 361.

¹¹ Es preciso distinguir entre la interpretación sistemática de la Constitución, que puede descubrir un principio concretado en una serie de disposiciones expresas y la existencia de una serie de obligaciones constitucionales no escritas. K. STERN afirma que «Al Derecho constitucional escrito pertenece también lo que puede ser deducido de su sistemática -en lo que la ciencia tiene una participación importante- como por ejemplo el comportamiento federal leal puede ser deducido de las normas sobre el principio federal» (*Derecho del Estado de la República federal alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 260). Este mismo autor se refiere específicamente a la *Bundestreue* en un apartado que no ha sido traducido en la versión española, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, C. H. Beck, München, 1977, p. 546.

¹² Y. LEJEUNE, «L'État fédéral belge des relations internationales», *RGDIP*, 1994/3, pp. 577-628. Por otro lado, L. DOMENICHELLI advierte sobre la ausencia de sanciones por su incumplimiento («Federalismo e recenti sviluppi della forma di governo in Belgio», *Il Politico*, 1985, p. 284, con abundante bibliografía en la p. 284, nota a pie 98).

¹³ Esta disposición de la Constitución federal de la Confederación suiza, de 18 de abril de 1999, se refiere a la obligación de asistencia y colaboración (apart. 1) y a la consideración y asistencia judicial y administrativa (apart. 2). Sobre la aplicación del principio de lealtad federal en el ordenamiento suizo, M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 377; así como, con abundantes referencias doctrinales, J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema de competencias de la Comunidad Europea*, Madrid, MacGraw-Hill, 1997, pp. 52 y ss.; sobre la particularidad de federalismo suizo, «Nacionalismo y federalismo en sociedades con divi-

tucional italiano¹⁴. Esta transferencia de la alusión a la lealtad federal aparece asimismo en la jurisprudencia, de forma relevante en el ordenamiento canadiense, en el que existían indicios suficientes para afirmar su recepción¹⁵, y en el que ha recibido una aplicación particularmente notable, justificada en los principios básicos estructurales del federalismo y la democracia, desde los que se deriva la obligación de negociar la secesión de una parte del Estado¹⁶. Al margen de una obvia diferenciación en su contenido, aparece, en último extremo, con un significado político o no posee una eficacia similar en sus caracteres normativos o en los sujetos obligados¹⁷.

En el ordenamiento constitucional alemán, su carácter constitucional resulta manifiesto a través de la propia jurisprudencia del TCF, que afirma su carácter jurídico de la *Bundestreue*, a partir del cual se derivan una serie de concreciones normativas objetivas. Aparece así claramente superada la polémica sobre su fuerza jurídica vinculante¹⁸.

siones étnicas: los casos de Canadá y Suiza», *REP*, 1979, pp. 87-130. Sobre la reforma global de esta Constitución, M. HOTTELIER, «Suisse: réforme globale de la Constitution fédérale», *RFDC*, 1995, pp. 189-202. Este principio ha sido aplicado por la jurisprudencia de este país, notablemente en la Sentencia de la Cour de Droit Public de 17 de junio de 1992, *Cantón de Berna c. Cantón de Jura*, en la que declaró contraria al principio de la «fidélité confédérale» la aceptación por el Cantón de Jura de una iniciativa popular que solicitaba la modificación del territorio del Cantón de Berna con el objeto de reunificar el Jura francófono. El Tribunal afirmó, con cita de variada doctrina, que la garantía recogida en el artículo 5 de la Constitución federal, que obligaba a la Federación a respetar la integridad territorial, la soberanía y los derechos de los ciudadanos de los cantones, «a pour corollaire une obligation réciproque de fidélité de la Confédération envers les cantons, et des cantons entre eux. Le principe de la fidélité confédérale, en vertu duquel l'État central et les États fédérés se doivent mutuellement égards, respect et assistance, est ainsi le fondement de l'État fédératif (...) Non écrit dans la Constitution fédérale, ce principe a trouvé son expression dans certaines constitutions cantonales» (BGE, 118 IA, 195, 205).

¹⁴ A. ANZON señala que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano se refiere a la «leale collaborazione» entre el Estado y las regiones, pero en la medida en que el modelo alemán exige una posición sólida de los componentes del Estado federal, no resulta fácil trasladarlo a los sistemas de autonomías locales subordinadas (*La Bundestreue e il sistema federale tedesco: un modello per la riforma del regionalismo in Italia?*, Milán, 1995, p. 77). En el proyecto de reforma constitucional, esta referencia a la lealtad federal se hace de forma explícita en el artículo 55 del proyecto de ley constitucional italiana, en el que se prevé que «I rapporti tra i Comuni, le Province, le Regioni e lo Stato sono ispirati al principio di leale cooperazione» (Art. 55 del Progetto di legge costituzionale Revisione della parte seconda della Costituzione, Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, Trasmissione alla Presidenza della Camera dei Deputati e alla Presidenza del Senato della Repubblica il 30 giugno 1997).

¹⁵ G. CARTIER; P. PATENAUDE, «La notion de «loyauté fédérale» en Droit constitutionnel canadien», en *La loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, J. VERHOEVEN (Coord.), Lacier, Bruselas, 1997, pp. 39-50.

¹⁶ D. P. HALIAN se muestra contrario al deber de negociación entre los Estados miembros del Estado federal, que no considera inherente al federalismo («A constitutional duty to negotiate amendments: reference re secession of Quebec», *JCLQ*, 1999, pp. 447-457). M. ORDUÑA PRADA, «Problemas del federalismo canadiense: Quebec», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 2, pp. 253-263.

¹⁷ *Vid.* las críticas de F. DELPERÉE, «À la loyale», en *La Loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, *op. cit.*, pp. 113-126; X. DIJON, «La loyauté osmotique», *Ibidem*, pp. 127-145. Sobre sus relaciones con el principio de *Bundestreue* alemán y su recepción en el ordenamiento belga, con detalle, *vid.* A. ALEN; P. PEETERS; W. PAS, «Bundestreue» im belgischen Verfassungsrechts», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, vol. 42, pp. 439-505.

¹⁸ Sobre los criterios de distinción entre las normas políticas, jurídicas y morales, puede consultarse A. TRUYOL SERRA, *Fundamentos de Derecho internacional público*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1970,

El contenido jurídico de la lealtad federal no implica que se desprenda de su obligatoriedad política, en la medida en que los componentes del Estado compuesto deben basar sus relaciones en la confianza recíproca¹⁹ y de igual forma, moral, pues la necesidad de llevar a cabo un comportamiento coherente y fiel con los otros componentes del Estado, son muestra de valores que resultan aplicables, *mutatis mutandis*, a las obligaciones morales dirigidas a lograr el perfeccionamiento interno de la persona.

No obstante, es en todo caso una «ética institucional objetivada» destinada a regir las relaciones entre la Federación y los Estados federados²⁰. La infracción de lealtad federal no requiere ningún elemento de intencionalidad ni una determinada creencia subjetiva, no implica que quien la haya cometido haya actuado subjetivamente de mala fe, ni que hubiese tenido la intención de realizar un acto desleal para con la Federación²¹. En consecuencia, como recoge gráficamente BAYER, una sentencia de condena puede «desdramatizarse»²²; se trata simplemente de una actuación, bien sea una acción o una omisión, que resulta contraria a las obligaciones que el TCF ha derivado de este principio²³. Los juicios de intenciones siempre presentan dificultades de prueba y no resultan adecuados para describir las relaciones entre la Federación y los Estados federados, a quienes no se puede imputar una conducta psicológica²⁴.

pp. 25 y ss.; J. ROLDÁN BARBERO, *Ensayo sobre el Derecho Internacional Público*, Universidad de Almería, Almería, 1996, p. 24; H. KRAUS, «La morale internationale», *RCADI*, 1927-1. pp. 383 y ss. *Vid.* asimismo, sobre la distinción del Derecho y las normas morales, G. SPERDUTI, *Il dominio riservato*, Giuffrè, Milán, 1970, pp. 47 y ss.; M.^a C. IGLESIAS, «Política y virtud en el pensamiento político. Antecedentes de filosofía política ilustrada», *RCEC*, n.º 3, 1989, pp. 115-159; A. VARCALCEL, «Moralización de la política», *RCEC*, n.º 8, 1991, pp. 147 y ss.

¹⁹ Según M. VIRALLY, la confianza es un valor esencial para los Estados en su actuación internacional («Sur la notion d'accord» (*Le droit international en devenir. Essais écrits au fil des ans*, Puf, 1990, p. 142). V. CONSTANTINESCO destaca que el principio de colaboración comunitario pone de relieve la relación estrecha entre Derecho y moral (*loc. cit.*, p. 97).

²⁰ Expresión de H. A. SCHWARTZ- LIEBERMANN von WALENDORF, *loc. cit.*, p. 783.

²¹ La irrelevancia de los criterios subjetivos se pone de relieve de forma manifiesta en la argumentación de la «Cour de Droit Public» suiza, en la Sentencia relativa a la iniciativa popular en la que se solicitaba la unificación del Jura francófono. El Gobierno del Cantón de Jura argumentó que esta actuación no tenía ninguna intención «belicista o anexionista» en contra del Cantón de Berna. El Tribunal consideró que la voluntad de reunificación no era contraria en sí misma a la fidelidad confederal, pero sí lo eran los medios a través de los cuales se había decidido llevarla a cabo, que resultaban contrarios a la Constitución. La reivindicación permanente de esta reunificación y la creación de una comisión encargada de constatar los progresos, comprometían, según el Tribunal, la «coopération étroite avec un canton voisin» (...) Si de telles actions unilatérales et permanentes étaient engagés par plusieurs cantons, l'État fédéral serait menacé dans son existence même. Les engagements voulus par les initiants seraient donc propres, en fin de compte, à trouver la paix confédérale» (BCE, 118 IA, 195, 208).

²² H. W. BAYER, *op. cit.*, p. 74.

²³ Así se puso de relieve desde el «asunto sobre las viviendas sociales», en donde el TCF afirmó que la infracción de la lealtad federal es un dato objetivo, desvinculado de cualquier intención (*BVerGE*, 1, 299).

²⁴ Cabe mencionar aquí la advertencia pronunciada por el representante del Gobierno noruego, Gidel, en el asunto sobre el Estatuto jurídico de Groenlandia oriental, que ponía de relieve los inconvenientes de invocar la buena o mala fe de una actuación estatal entre pueblos donde existe una historia co-

Desde otro punto de vista, el carácter objetivo de la lealtad federal se manifiesta en la imposibilidad de alegar el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte para justificar la infracción a las obligaciones derivadas de la lealtad federal. Esta característica se designa convencionalmente como la ausencia de reciprocidad, término que no resulta, sin embargo, afortunado puesto que con él se indica que las obligaciones derivadas de la lealtad federal no son sólo obligaciones unilaterales, dirigidas hacia la Federación, sino obligaciones bilaterales que afectan a la Federación y a los Estados federados. El carácter bilateral no supone que el cumplimiento de una parte es la causa o la *consideration* del cumplimiento de la otra, debido a que las obligaciones de la Federación no son la contraprestación de las de los Estados miembros aunque tengan frecuentemente un contenido similar (v. g. información, consulta).

1. *La naturaleza jurídica de la lealtad federal: principio general o regla consuetudinaria*

No existe una opinión unánime respecto a la naturaleza jurídica de la lealtad federal²⁵; la mayoría de la doctrina la considera un principio general y así parece deducirse de la jurisprudencia del TCF²⁶, pero no falta quien considera que se trata de una costumbre constitucional. Se trata de una controversia en cuanto tal, si se quiere, secundaria. El valor consuetudinario de la lealtad federal no excluye que pueda ser a la vez un principio general, aunque exige, de acuerdo con los elementos comunes a cualquier costumbre jurídica, además de una práctica general, constante y uniforme, la convicción de que este comportamiento es obligatorio²⁷.

Con respecto al elemento material, H. BAUER destaca que resulta difícil admitir, al menos en las primeras decisiones del TCF, que hubiera transcurrido el período de tiempo necesario para que hubiera cristalizado el uso, o

mún, por la facilidad de responder con otros agravios y por los daños permanentes que podían sufrir las relaciones entre los Estados (CPJI, Serie C, n.º 66, p. 3218); vid. E. ZOLLER, *La bonne foi en Droit international public*, París, Pédone, 1977, p. 3.

²⁵ A. BLECKMANN lo considera un *Rechtinstitut* (Instituto jurídico) calificación que, sin embargo, presenta un significado demasiado general (*loc. cit.*, p. 901).

²⁶ El TCF lo ha definido como una «obligación jurídica constitucional», *verfassungsrechtliche Pflicht*, (BVerGE, 1, 299, 315), definición que parece dejar abierta su naturaleza jurídica, aunque también ha precisado y ha reiterado en su doctrina que se trata de un «principio constitucional no escrito» (*verfassungsgrundsatz*). Por todas, BVerGE, 12, 205, 254.

²⁷ Vid. H. W. BAYER, *op. cit.*, p. 321. De esta forma, la lealtad federal se convertiría en una costumbre constitucional. Sobre esta clase de disposiciones, puede consultarse, P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO, *op. cit.*; D. LEVY, «De l'idée de coutume constitutionnelle à l'équisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction», en *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, París, 1977, pp. 81-90. A pesar de que el elemento subjetivo de la costumbre se denomine habitualmente elemento espiritual o psicológico, «no existe la «psicología estatal» y «no deben confundirse las características de los Estados con las de los seres humanos» (L. MILLÁN MORO, *La «opinio iuris» en el Derecho internacional contemporáneo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 143).

sea, el elemento material de la costumbre y, en todo caso, el elemento espiritual resultaba de difícil prueba²⁸. Aun cuando esta conclusión pueda haber perdido parte de su fuerza, no cabe duda de que la jurisprudencia del TCF y la doctrina se inclinan por considerar que su naturaleza es la de un principio general²⁹.

En todo caso, debe distinguirse de las normas de cortesía o *comitas gentium* que aparecen entre los Estados de la sociedad internacional. Estas normas se caracterizan por ser usos sociales, y como tales requieren la repetición de una práctica a lo largo del tiempo realizada sin el sentimiento de estar cumpliendo una obligación o ejercitando un derecho. Con independencia de la ausencia de obligatoriedad, derivada de que no representan un interés tan relevante como para fundamentar una disposición jurídica, pueden adquirir un importante grado de cumplimiento y su función no deja de ser importante, sobre todo en la sociedad internacional, ya que facilitan las relaciones entre los Estados³⁰. La falta de obligatoriedad jurídica las distingue de la lealtad federal, aunque tampoco puede descartarse que en las relaciones entre los Estados federados puedan surgir determinadas prácticas no obligatorias³¹.

La lealtad federal se presenta como una cláusula general y abierta, cuyo contenido no depende de su positivación en otras disposiciones. De esta forma, aunque pueda estar concretada en disposiciones específicas, que definan con mayor precisión en aquel supuesto de hecho las obligaciones que derivan de este principio, el aspecto más interesante es el propio carácter normativo de la lealtad federal, que hace posible su aplicación autónoma sin necesidad de su previo desarrollo por el legislador. Asimismo, se constituye por tanto en un principio inspirador del contenido de otras disposiciones, que resultan ser su expresión concreta, función que completa a su contenido interpretativo del contenido de otras disposiciones y a su carácter informador de la totalidad del ordenamiento.

Las cláusulas generales se «llenan de contenido» mediante el reenvío a una serie de valoraciones extrañas al Derecho. Así ocurre de forma paradig-

²⁸ H. BAUER, *op. cit.*, pp. 2137 y ss. No faltan quienes afirman el valor consuetudinario de la lealtad federal, *vid.*, sobre estas teorías, H. BAUER, *op. cit.*, p. 5, en la nota a pie 34.

²⁹ E. ALBERTI ROVIRA afirma que en la monografía de BAYER, la lealtad federal «se cataloga finalmente como principio general» (*op. cit.*, p. 247), aunque, expresamente, BAYER no se pronuncia sobre cual sea la naturaleza de la lealtad federal de forma contundente y enumera las diversas posibilidades (H. W. BAYER *op. cit.*, pp. 29 y ss.).

³⁰ Los usos sociales están impuestos desde fuera, al igual que el Derecho, pero su sanción no lleva aparejadas consecuencias jurídicas. Como señala L. MILLÁN MORO, «la distinción (...) entre usos y costumbres internacionales se centra precisamente en la *opinio iuris*» (*op. cit.*, p. 150).

³¹ C. J. FRIEDRICH señala que la lealtad federal sería la expresión de la necesidad de adhesión al sistema federal y su infracción más evidente sería la secesión y la guerra civil, pero también se violaría si las autoridades estatales no cumplen sus obligaciones o bien se arrogan la competencia unilateral para decidir sobre la eficacia de una disposición federal (*nullification of federal legislation*) (*Trends of Federalism in theory and in practice*, Frederick A. Praeger, Nueva York, 1968, pp. 175 y ss.).

mática con el principio general de la buena fe, que depende en principio de valoraciones sociales, aunque en realidad estén mediatizadas por las opiniones de los juristas; circunstancia que hace necesario delimitar con precisión cuál es la función del aplicador del Derecho, que no puede convertirse en creador de Derecho ni en un juez enteramente libre que dependa exclusivamente de sus propias convicciones³².

En el supuesto de la lealtad federal, la valoración no proviene de una ética social, sino de la idea que tenga el TCF sobre las consecuencias que se derivan de la pertenencia de la Federación y los Estados federados a una misma estructura, un principio que la jurisprudencia del TCF ha deducido de la propia división de poderes prevista en la Constitución. No es extraño, por ello, que algunos autores consideren que debido a la indeterminación de su contenido produce inseguridad en las relaciones entre la Federación y los Estados federados. Esta crítica no es, como se comprobará, pertinente si se tiene en cuenta la prudencia con la cual el TCF ha utilizado este principio, que en ningún modo viene a modificar el reparto de competencias previsto en la LF ni el contenido sustantivo de las previsiones constitucionales.

2. *La lealtad federal y la buena fe existente en el Derecho privado*

La relación entre la lealtad federal y la buena fe existente en el Derecho privado, que se concreta en el sistema alemán en el artículo 242 del BGB, es polémica y resulta difícil de precisar. Como se sabe, el principio de la buena fe fundamenta una serie de obligaciones concretas, como la prohibición de ir en contra de los actos propios o del retraso desleal en el ejercicio de las pretensiones.

La alternativa que se plantea es si el principio general de la buena fe presenta un contenido general que resulta aplicable también a las relaciones entre la Federación y los Estados federados o si la lealtad federal debe separarse sustancialmente de este principio general. En la doctrina no falta quien afirma que la lealtad fede-

³² A pesar de que es común referirse a esta ósmosis, también se subraya el peligro de caer en un decisionismo judicial; E. GARCÍA DE ENTERRÍA señala que se trataría de una justicia material pero especificada técnicamente (*Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 31); asimismo, K. WOJCIK, «Las cláusulas generales: concepciones y funciones», *RVPAP*, n° 27, pp. 117-124. El razonamiento tópico se opone a la concepción sistemática del ordenamiento, que hacía derivar desde unos principios fundamentales, a los que concedía la categoría de axiomas, una serie de consecuencias más concretas. Es fundamental la obra de T. VIEHWEG sobre el conocimiento tópico (*Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1986). Los matices que se encuentran dentro de los autores que aplican esta concepción tópica son numerosos. Así, J. ESSER mantiene que un principio jurídico sólo existe cuando los órganos jurisdiccionales lo aplican y lo configuran en los supuestos de hecho concretos; con anterioridad sólo tiene un carácter «prepositivo». El contenido del principio es, por lo tanto, llenado por la jurisprudencia (*Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961). Esta posición parece, sin embargo, excesivamente rigurosa y viene a disolver la normatividad propia de los principios generales, en cuanto normas no formuladas ya que su concreción requiere la existencia de una serie de precedentes judiciales; *vid.*, además, J. A. RAMOS PASCUA, «El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworking frente a Esser», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1992, pp. 269-290, *op. cit.*, p. 147; M. BELADIEZ ROJO, *op. cit.*, pp. 65 y ss.

ral es la aplicación de la buena fe³³. Si así fuera, este principio jurídico sería como tal aplicable a las relaciones entre la Federación y los Estados federados³⁴.

Sin embargo, la significación de la lealtad federal aparece tamizada por la intención de lograr una unión cada vez más estrecha entre los Estados miembros de la estructura federal o, como señala el TCF, una vinculación más fuerte entre los Estados y la Federación. Esta finalidad no resulta similar ni por sus presupuestos ni por su objetivo a la función que desempeña la buena fe en el ordenamiento privado ni en el ordenamiento internacional, por más que existan relaciones entre ambos conceptos.

Las funciones que desempeñan estos institutos son diversas; mientras que la buena fe fundamenta las relaciones entre los particulares en la necesaria confianza en el tráfico jurídico, la lealtad federal exige de los Estados miembros, por encima del cumplimiento de sus obligaciones formales constitucionales, una necesaria consideración y la búsqueda del compromiso. La larga elaboración de los principios del ordenamiento privado hace que sea lógica la tendencia a trasladarlos fuera de su lugar de origen, otorgándoles una fuerza expansiva que los dirige hacia otras ramas del ordenamiento. Pero, como se ha demostrado desde hace bastante tiempo, estos préstamos son forzosos, debido a que son institutos que responden a condiciones diferentes, aun cuando sean comprensibles por la importante labor de conceptualización llevada a cabo por el Derecho civil³⁵. Además, se diluye el significado de la lealtad federal, caracterizada por la relación entre poderes que ejercen sus competencias sobre un mismo territorio, si se resalta el común denominador con otros conceptos y se pierde el contenido político que presenta tanto la lealtad federal como el principio de colaboración comunitario.

III. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO DE LA *BUNDESTREUE*

La exposición del desarrollo histórico de la lealtad federal facilita la comprensión adecuada de la jurisprudencia del TCF sobre este con-

³³ Entre la doctrina española, S. MARTÍN-RETORTILLO, «Estudio preliminar» en *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas*, IEE, Madrid, 1989, pp. 61 y ss.; A. JIMÉNEZ BLANCO entiende que «la solidaridad puede verse como el deber del Estado y de las Comunidades Autónomas de actuar de buena fe en el ejercicio de sus competencias» (*op. cit.*, p. 248).

³⁴ M. BLANQUET rechaza los argumentos que acuden a la estructura federal para deducir la imposibilidad de un concepto similar a la lealtad federal en el ordenamiento comunitario (*op. cit.*, pp. 384 y ss.). Como destaca H. BAUER, estas críticas «a menudo se basan en la advertencia, cuyo significado simplemente se apunta, de que el «principio federal», no puede trasladarse a la Comunidad» (*op. cit.*, p. 210). *Vid.*, asimismo, R. SÖLLNER, *Art. 5 EWG- Vertrag in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes*, Florentz, Munich, 1985, pp. 22 y ss.

³⁵ RIPERT, «Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux», *RCADI*, 1933, vol. II, pp. 569-663. Como destaca C. ROUSSEAU, las normas del Derecho civil reflejan una impronta individualista, subjetiva, ajena a las relaciones en que se basa el Derecho internacional (*Droit International Public. Introduction et sources*, tome I, París, 1976, p. 49); asimismo, M. F. FURET, «L'application des concepts du Droit privé en Droit international public», *RGDIP*, 1964, pp. 887-916.

cepto³⁶. Por otro lado, permitirá apreciar el proceso de formación y dinámica de un Estado federal y las técnicas de Derecho público que informan el «pacto» federal entre los Estados miembros, que siguen estando, como destaca GARCÍA DE ENTERRÍA, en la esencia del federalismo «a través de la doble legitimidad del pueblo y de los Estados existente en el ordenamiento federal»³⁷.

Es posible encontrar un antecedente remoto, sin especial interés para un análisis del concepto moderno de la lealtad federal, en la fidelidad feudal en la que descansaban las relaciones entre señor y vasallo. Estas relaciones se presentan en el marco de las relaciones personales y no entre poderes públicos, en un momento en el que no se había constituido todavía el Estado como organización política. Esta situación se produce, entre otras circunstancias, cuando desaparecen en un proceso histórico y polémico, en lucha contra la disgregación del poder y la pretensión casi siempre simbólica de una autoridad del imperio, las relaciones especiales que impedían la existencia de una entidad política unificada³⁸.

Con independencia de otros precedentes más cercanos³⁹, el origen de la lealtad federal puede situarse en la práctica política de la Constitución del Imperio Alemán de 1871⁴⁰, que estuvo precedida de diversos tratados en los que se acordaba la unión de los Estados federados y se definían sus principios fun-

³⁶ En este sentido, H. BAUER, *op. cit.*, p. 24. En consonancia, dedica un amplio apartado en su monografía a este aspecto, *op. cit.*, pp. 30-102.

³⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA aplica estos conceptos al Proyecto de Constitución aprobado por el Parlamento Europeo («El proyecto de Constitución Europea»; *Riv. dir. eur.*, 1994, p. 682). Por otra parte, como destacó H. BRUGMANS, «l'intégration européenne (...) ne sortira pas d'une Constitution toute faite, mais pourra progressivement mettre en forme juridique les résultats institutionnels acquis. D'où la méthode des «pactes fédéraux», de préférence au Constitutionnalisme» (*La pensée politique du Fédéralisme*, Sijhoff, Lovaina, 1969, p. 36).

³⁸ H. W. BAYER distinguió en su monografía la lealtad federal de otros conceptos con los que se encontraba relacionada, entre los que incluía la fidelidad feudal y las normas de cortesía internacional, subrayando que presentaban diversos caracteres y presupuestos (*op. cit.*, p. 47 y sigs.). Sobre la fidelidad feudal, *vid.* A. MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al Derecho internacional público*, 7ª ed. Madrid, 1979, p. 337 y sobre la crisis de la organización internacional a fines de la Edad Media, cuando más que la desaparición del poder del emperador y del papado se produjo un robustecimiento del poder de los monarcas (*Ibidem*, pp. 359 y ss.). Sobre el significado de la fidelidad feudal, con especial referencia a la autodefensa de los derechos, incluso en contra del propio rey o emperador, *vid.* M. BOS, «Old germanic law analogies in International law, or the State as homo liber», en *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 1, *Le progrès du droit de gens*, Labor, Bruselas, 1979, pp. 26 y ss.

³⁹ Algunos precedentes más inmediatos se sitúan en determinadas instituciones existentes en el Sacro Imperio Romano Germánico (*Heilige Römische Reich*); en la Federación del Rin (*Rheinbund*) creada en 1806 bajo las presiones de Napoleón; y en la Confederación Alemana (*Deutsche Bund*) surgida después de Congreso de Viena en 1815. (*Vid.* una exposición sumaria en R. HOFFMANN, «Alemania. Los Länder alemanes y el Derecho comunitario», en *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 37 y ss.).

⁴⁰ Esta Constitución es la expresión jurídica de la unidad alemana, que se formó en torno a Prusia y a raíz de sucesivas victorias militares; en primer lugar con Dinamarca (1864); posteriormente frente a Austria, que quedó separada de la futura unificación (1866); y, por último, con Francia (1870). *Vid.*, por todos, K. STERN, *Derecho del Estado... op. cit.*, pp. 200 y ss.

damentales⁴¹. Los rasgos básicos de la Constitución condicionan el concepto de lealtad federal. En primer lugar, se caracterizaba por la forma monárquica de la organización estatal, que la Constitución reconocía y protegía⁴². El carácter contractual se ponía de relieve, asimismo, en las amplias competencias de que disponían los Estados y en su influencia determinante en las decisiones federales, especialmente a través del órgano de representación de los Estados *Bundesrat* o Consejo Federal⁴³; poder que no se veía compensado por Instituciones federales «fuertes».

En un primer momento, la lealtad federal se identificó por el Canciller Bismark con el respeto debido por los monarcas al pacto que habían suscrito y, en especial, ponía de relieve que la hegemonía prusiana no pondría en peligro la soberanía interna de los Estados miembros⁴⁴.

En la doctrina aparece en el artículo de R. SMEND «Derecho constitucional no escrito en el Estado federal monárquico»⁴⁵, al que se ha remitido de forma expresa el TCF, donde afirmaba la existencia de ciertas normas o principios no escritos de rango constitucional, entre las que se encontraba la lealtad federal, que precisaban el contenido de las obligaciones constitucio-

⁴¹ M. WAELBROECK indica que los Tratados constitutivos de la Comunidad perderían su carácter internacional si su modificación o derogación dejaran de someterse al Derecho internacional «Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés européennes», en *Mélanges offerts à Henri Rolin*, París, Pédone, 1964, p. 509).

⁴² En concreto, se trata del acuerdo concluido entre Prusia, en representación de la Federación Alemana del Norte, y los Estados de Baden y Hessen, entre los que se estableció una Constitución de la «Federación alemana». Esta constitución fue posteriormente modificada por otros dos Tratados en los que se preveía la inclusión de Baviera y Wurtemberg (K. STERN, *Derecho del Estado...*, op. cit., pp. 200 y ss.)

⁴³ El funcionamiento de esta Institución era en gran medida similar al que se había desarrollado en las Asambleas de las Confederaciones anteriores, en las que los representantes de los Estados estaban sujetos de la misma forma que en una conferencia internacional a mandato imperativo. Además, a diferencia del sistema federal igualitario desarrollado en Estados Unidos, la representación de los Estados no era homogénea: Prusia disponía del derecho de veto de las decisiones del Consejo federal y la Constitución otorgaba una ponderación de votos distinta a los Estados medianos y los pequeños. Esta misma hegemonía prusiana se extendía fuera de la Cámara de los Estados a los órganos superiores de la Federación: el Emperador era el Rey de Prusia y el Canciller federal coincidía con el primer ministro prusiano —oficio que desempeñó durante bastantes años el Canciller Bismark—, a pesar de que Baviera solicitó en un primer momento que estos cargos fueran rotatorios (Vid. E. ALBERTÍ ROVIRA, op. cit., pp. 138 y ss.).

⁴⁴ El Canciller llegó a caracterizar a la lealtad federal en un discurso pronunciado ante el *Bundesrat* en 1871 como «la roca sobre la que se asentaba el Imperio» (cit. por H. W. BAYER, op. cit., p. 4). Como señala A. SCHWARZ- LIEBERMANN von WALENDORF, es preciso reconocer este mérito al Canciller, a pesar de que su política esté en el origen de ciertas opciones desgraciadas (loc. cit., p. 775). Aun así, debe resaltarse que la utilización que hace de la lealtad federal pretende en el ámbito interno la lucha contra el parlamentarismo, puesto que «para Bismark federalismo y parlamentarismo eran dos términos opuestos» (E. ALBERTÍ ROVIRA, op. cit., p. 240).

⁴⁵ R. SMEND, «Ungeschriebene Verfassungsrecht im monarchischen Bundestaat», *Festschrift für Otto Mayer*, Tübingen, 1916, reimpresso en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Duncker & Humblot, Berlín, 1955, pp. 39 y ss. El momento en que apareció este artículo, cerca del final de la Primera Guerra mundial, en unas condiciones que hacían prever la desintegración del Imperio de 1871, han llevado a mantener que la intención de SMEND era la de tratar de evitar esta desintegración (H. P. SCHNEIDER, «El Estado federal cooperativo», *REP*, 1979, p. 49, esp. en la nota a pie de página 9).

nales formales. Según SMEND, era imposible prever en la Constitución exhaustivamente las obligaciones existentes entre los Estados federados y la Federación, tanto por la propia dificultad de la materia como por el «respeto» debido a los monarcas. La lealtad federal obligaría jurídicamente a los Estados federados a mantener una actitud constructiva y un ánimo amistoso en las relaciones federales ⁴⁶.

A raíz de la caída del Imperio alemán, fue necesario adaptar la lealtad federal a la Constitución de Weimar, que sustituyó el principio monárquico por el republicano ⁴⁷ y reconoció expresamente el principio de la soberanía popular y de la democracia. Además, tampoco era ya posible referirse en sentido estricto a su carácter contractual, debido a que la Constitución no surgía de un «pacto», entre Estados soberanos sino de la decisión de una Asamblea constituyente democráticamente elegida.

El concepto de lealtad aparece, así, modificado en la doctrina de una serie de autores que lo liberan de sus orígenes monárquicos y contractuales ⁴⁸. Pero, independientemente de estas confirmaciones doctrinales, la situación convulsa en la que se desarrolló esta República, con numerosos conflictos entre los Estados federados y la Federación, no va a ser la situa-

⁴⁶ La doctrina mayoritaria no aceptó la existencia de esta obligación, sin que esta reacción sea extraña si se tiene en cuenta que la corriente dominante en la época era el positivismo; doctrina que era contraria a la existencia de deberes jurídicos ajenos a las normas escritas (entre la amplia bibliografía, *vid.* M. GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional comparado, op. cit.*, pp. 58 y ss.; N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993. De esta forma, uno de sus mayores exponentes, LAHAND, afirmó que cada uno de los Estados miembros de la Federación podía perseguir libremente sus intereses egoístas («Rechtlich ist es jedem Staate unvermehrt, sein egoistisches, partikuläres Interesse bei der Instruktionerteilung allein im auge zu behalten en «Der Bundesrat», *Deutsche Juristenzeitung*, 1911, p. 5, *cit.* por H. A. BAYER). También fue contrario a esta Institución TRIEPEL. La doctrina de SMEND difiere de la forma en la cual se manifiesta en la actualidad la lealtad federal en la jurisprudencia del TCF. En primer lugar, para este autor no era fuente de obligaciones exigibles ante los órganos jurisdiccionales, sino que constituía un criterio de interpretación de las obligaciones previstas con gran generalidad en la Constitución. Por otro lado, en la jurisprudencia del TCF la lealtad federal obliga no sólo a los Estados federados, como ocurre en opinión de SMEND, sino también, de forma recíproca, a la Federación.

⁴⁷ En esta Constitución los Estados pierden en gran medida su influencia en las Instituciones federales, un movimiento centralizador que se puso de relieve en la reducción de las competencias de la Cámara de los Estados en beneficio de la Cámara de representación popular, así como en el límite de la amplia autonomía que los Estados federados habían mantenido en su ámbito interno. *Vid.* P. LUCAS VERDÚ, *Curso de Derecho político*, vol. II, 1983, Tecnos, Madrid, 1983, p. 355.

⁴⁸ ANSCHÜTZ aceptó la existencia de un principio general no escrito que obligaba a los *Länder* a observar los intereses del *Reich*, aunque en un primer momento consideró que se trataba de una obligación consuetudinaria a la que faltaba la *opinio iuris*. También R. SMEND adaptó su doctrina a la Constitución Republicana de 1919 afirmando que se «ha confirmado mi teoría (que no se limita al Derecho federal monárquico) del deber supremo que tienen el Estado central y los Estados federados de comportarse de acuerdo con el espíritu federal (*Constitución y Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1985, p. 226). La idea fundamental de la vinculación entre *Reich* y *Länder* tiene como resultado el precepto legal general, «que determina una actitud favorable al federalismo. La Constitución obliga al *Reich* y a los *Länder* no sólo a mantener una actitud correcta entre ellos en el cumplimiento de sus respectivos deberes políticos y a aplicar sin consideraciones de ningún tipo sus correspondientes atribuciones formales, reclamando si es preciso las garantías pertinentes al control del *Reich* y al Tribunal Supremo, sino que le obliga a formar una unidad, a fomentar y crear unas relaciones federales cordiales» (*Ibidem*, p. 236).

ción «ideal»⁴⁹ para que se concretase la colaboración entre los componentes del Estado federal⁵⁰.

La lealtad federal es, por lo tanto, un concepto recurrente en la historia constitucional alemana, a pesar de que su desarrollo se ha impulsado notablemente y de forma decisiva por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

IV. LOS CARACTERES DE LA RECEPCIÓN DE LA *BUNDESTREUE* EN LA JURISPRUDENCIA DEL TCF

El TCF definió en sus primeros pronunciamientos los rasgos esenciales del principio de la lealtad federal, un núcleo que se posteriormente ha concretado en una abundante serie de obligaciones. En esta labor definitoria el TCF sustituye a la función predominante que con anterioridad había tenido la doctrina⁵¹.

Al igual que ocurría con la Constitución de 1871 y 1919, no se encuentra en la LF ninguna disposición en la que se prevea el deber de los componentes del Estado federal de un comportamiento favorable a la Federación. El argumento esencial que utiliza para fundamentar la lealtad federal es que se deriva de forma implícita del propio principio federal, a su vez un principio fundamental en que se organiza el Estado federal, aunque el TCF apoyó la recepción de este concepto en sus raíces históricas y doctrinales.

1. *La recepción de la lealtad federal y su distinción respecto de la solidaridad*

En la Sentencia de 20 de febrero de 1952 sobre la «compensación financiera horizontal», el TCF declaró que de la esencia (*Wesen*) del principio federal no surgían sólo derechos sino también obligaciones, entre las que se encontraba el deber de los *Länder* con mayor capacidad financiera de ayu-

⁴⁹ Como destaca A. JIMÉNEZ BLANCO, no parecía el momento adecuado para que surgiese un espíritu de compromiso y de entendimiento, *op. cit.*, p. 102; P. LUCAS VERDÚ, *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar*, Tecnos, Madrid, 1987. Sobre la crisis de Weimar y la demagogia que veía en la República de Weimar una imposición contraria a la «peculiaridad» alemana, J. R. DIEZ ESPINOSA, *La crisis de la democracia alemana. De Weimar a Nuremberg*, Síntesis, Madrid, 1996; esta pretendida peculiaridad antidemocrática se analiza también por J. GARCÍA MORÁN, «A vueltas con la cuestión alemana», *RCEC*, 1993, n.º 14, pp. 169-201.

⁵⁰ El denominado Tribunal Estatal ejercía en la práctica las funciones de un Tribunal Constitucional en lo relativo a la resolución de los conflictos entre la Federación y los Estados federados. En sus pronunciamientos utilizó este concepto sólo formalmente, sin extraer de él ninguna consecuencia jurídica concreta. Sobre estas controversias y las alegaciones de la *Bundestreue* en la República de Weimar, *vid.* H. BAUER, *op. cit.*, pp. 66 y ss.

⁵¹ H. BAUER, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

dar a los más desfavorecidos⁵². Esta obligación constituía el fundamento constitucional de la Ley Federal que preveía el reparto de los impuestos comunes, compartidos entre el *Bund*, los *Länder* y las corporaciones locales, a través de un sistema de compensación financiera entre los Estados federados⁵³. La limitación de la autonomía financiera de los Estados miembros derivaba, según el TCF, de la «naturaleza de las cosas». No obstante, el TCF precisó que la compensación entre los ingresos de los Estados federados no podía conllevar una disminución esencial de su capacidad financiera ni tampoco estaba dirigida a igualar totalmente su capacidad. Estos límites eran consecuencia de la necesidad de preservar la autonomía financiera y la diversidad inherente a todo Estado federado⁵⁴.

El TCF no se refiere expresamente en este pronunciamiento a la lealtad federal y sólo afirma que del principio federal no sólo se derivan derechos sino también obligaciones. Ésta no es razón suficiente para no considerarlo expresión de este concepto, debido a que en último extremo la propia lealtad federal deriva del principio federal y, de hecho, el TCF lo cita entre los «precedentes» de la lealtad federal⁵⁵.

Sin embargo, se corresponde propiamente con el principio de solidaridad, que si no constituye un principio aparte es al menos una manifestación específica de la *Bundestreue* con rasgos propios⁵⁶. La solidaridad presenta un significado fundamentalmente económico y constituye el fundamento de las obligaciones de compensación o ayuda financiera entre los Estados federados y la Federación. En pronunciamientos posteriores ha vuelto a reiterar las obligaciones de cooperación financiera entre los Estados miembros de la Federación, sin que tampoco las haya fundamentado directamente en la lealtad federal. De esta forma, en la Sentencia de 24 de junio de 1986⁵⁷, que tenía por objeto la constitucionalidad de una ley posterior sobre la misma materia, el TCF consideró que este traspaso de fondos era una manifestación de la «co-

⁵² «Das bundesstaatliche Prinzip begründet seinem Wesen nach nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Eine dieser Pflichten besteht darin, dass die finanzstärkeren Länder den schwächeren Ländern in gewissen Grenzen Hilfe zu leisten haben» (*BVerGE*, «horizontalen Finanzausgleich», 1, 117, 131).

⁵³ Los ingresos de la Federación y los Estados federados no provienen fundamentalmente de fuentes propias, sino de impuestos compartidos. Para decidir qué Estados federados resultan acreedores de estos fondos y cuáles deben entregarlos, se calcula la capacidad media financiera, y deben transferir fondos los Estados federados que se encuentren por encima de este nivel (*Vid.* M. MEDINA GUERRERO, *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1992, pp. 210 y ss.; E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, p. 310.).

⁵⁴ P. M. BLAIR critica este pronunciamiento, destacando que «a simple derivation from the 'essence' of the federal principle of a duty of the stronger Länder to contribute resources to the weaker is here not merely unnecessary but also arbitrary» (*Federalism and Judicial Review in West Germany*, Clarendon Press, Oxford, 1981, p. 154).

⁵⁵ *BVerGE*, 12, 205, 254.

⁵⁶ Una distinción entre los conceptos de lealtad y de solidaridad en A. ANZON, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

⁵⁷ *BVerGE*, 72, 330.

munidad solidaria» entre la Federación y los Estados federados existente en el Estado federal ⁵⁸.

Con independencia del pronunciamiento relativo a la solidaridad al que se ha hecho referencia, la aparición expresa de la lealtad federal tiene lugar en la Sentencia de 21 de mayo de 1952, en el asunto de las «viviendas sociales», donde el TCF afirmó que

«del principio federal [*bundesstaat Prinzip*] se deriva (...) el deber constitucional [*verfassungsrechtliche Pflicht*] de que tanto los miembros del *Bund* entre ellos como en relación a la totalidad al igual que el *Bund* en relación con los miembros se guarden lealtad y se entiendan mutuamente [*die Treue halten und sich verständigen*].

El principio constitucional federal tiene como consecuencia la obligación jurídica del *Bund* y sus miembros, vigente en el Estado federal, de un comportamiento favorable a la federación [*bundesfreundlichen Verhalten*]; en otros términos, de este principio constitucional se deriva la obligación de todas las partes integrantes del pacto federal [*Bündnis*] de actuar conjuntamente de acuerdo con el espíritu [*Wesen*] de dicho pacto y de colaborar en su consolidación, protegiendo sus intereses comunes y los bien entendidos intereses de sus miembros ⁵⁹.

Aquí aparecen los rasgos básicos de lo que el TCF denomina el «comportamiento favorable a la federación»: su carácter recíproco y su fundamento en el principio federal. A fin de justificar esta obligación constitucional, el TCF se remite al artículo de SMEND sobre la lealtad federal en el Estado constitucional monárquico ⁶⁰, cita que reitera posterior-

⁵⁸ Asimismo, si bien tampoco mencionó la lealtad federal, recordó que de la esencia del principio federal se derivaban no sólo derechos sino también obligaciones, entre las que se encontraba la obligación de prestarse ayuda entre los Estados federados. La solidaridad vuelve a aparecer en la Sentencia de 27 de mayo de 1992, relativa a la «capacidad financiera municipal y estatal», en la que se ocupó de las obligaciones de la Federación y de los Estados federados en una situación de emergencia financiera de otro miembro de la Comunidad federal, situación que se reflejaba esencialmente en la adaptación producida después de la reunificación. Según el TCF, «si un miembro de la comunidad federal —ya se trate de la Federación o de un *Land*— se encuentra en una situación presupuestaria de precariedad extrema, el principio federal se concreta en la obligación del resto de los miembros de dicha comunidad federal de ayudarle a conseguir la estabilización presupuestaria» (*BVerGE*, 86, 148. *Vid.* resumen en *BJC* 187 (1996), pp. 148-150).

⁵⁹ «Dem bundesstaatlichen Prinzip entspricht (...) die verfassungsrechtliche Pflicht, dass die Glieder des Bundes sowohl einander als auch dem grösseren Ganzen und der Bund den Gliedern die Treue halten und sich verständigen. Der im Bundesstaat geltende verfassungsrechtliche Grundsatz der Föderalismus enthält deshalb die Rechtspflicht des Bundes und aller seiner Glieder zu «bundesfreundliche Verhalten»; d. h. alle an dem verfassungsrechtlichen «Bündnis» Beteiligten sind gehalten, dem Wesen dieses Bündnisses entsprechend zusammenzuwirken und zu seiner Festigung und zur Wahrung seiner und der wohlverstandenen Belange seiner Glieder beizutragen» (*BVerGE*, «Sozialen Wohnunnsbau», 1, 299, 315). *Vid.*, sobre este asunto, H. JOACHIM FALLER, *loc. cit.*, p. 198; H. BAUER, *op. cit.*, pp. 122 y ss.

⁶⁰ El TCF afirma explícitamente que «De la misma forma se pronunció R. SMEND, Derecho constitucional no escrito (...), «(so schon R. Smend, Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesrat, in der Festgabe für Otto Mayer, 1916, S. 247 ff, 261). (*BVerGE*, «Sozialen Wohnungsbau», 1, 299, 315).

mente en el asunto de la «Televisión»⁶¹. Este «argumento de autoridad» se ha considerado, en función de los distintos presupuestos a los que responde el artículo de SMEND⁶², un anacronismo histórico o el mantenimiento de una «reliquia»⁶³. De la misma forma, tampoco es especialmente afortunada la referencia a la idea de pacto (*Bündnis*), puesto que la actual Constitución alemana no surgió a través de un acuerdo entre Estados soberanos⁶⁴. Es cierto, no obstante, que la afirmación del proceso de formación del Estado federal sigue constituyendo un punto de referencia del Estado federal en la actualidad, como puede comprobarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, donde la atribución de la soberanía a la Federación, a los Estados, o a ambos de forma conjunta, depende todavía, en las opiniones de los jueces constitucionales, de la interpretación histórica del proceso de formación histórica de los Estados Unidos⁶⁵.

De cualquier forma, las referencias al pacto federal y a la doctrina de R. SMEND son secundarias en el razonamiento del TCF, que se basa fundamentalmente en la necesaria relación entre la lealtad federal y el principio federal⁶⁶.

⁶¹ BVerGE, «Deutschland Fernsehen», 12, 205, 254.

⁶² Por una parte, el artículo de SMEND se redactó bajo unos presupuestos distintos y, además, en la Ley Fundamental de 1949 se precisan minuciosamente las relaciones entre el *Bund* y los *Länder*, en lo que parece una codificación completa, circunstancia que contrasta con la forma esquemática en que se habían recogido las obligaciones de la Federación y de los *Länder* en la Constitución de 1871.

⁶³ Estas críticas las recoge H. BAUER, *op. cit.*, pp. 122 y ss.

⁶⁴ En la actualidad, el origen de los Estados federales no se deriva de un pacto entre Estados soberanos, a diferencia de la forma en la cual surgieron los Estados federales en el siglo pasado. Por ello, se ha considerado que nos encontramos ante un Estado federal sin presupuestos federales y que «La Constitución del Estado compuesto no se fundamenta ya en el pacto, sino que es fruto de la decisión conjunta del pueblo soberano» (E. GONZÁLEZ ENCINAR, *op. cit.*, p. 83).

⁶⁵ En la Sentencia de 22 de mayo de 1995, inmersa dentro de una corriente de la reafirmación del control judicial sobre el reparto de competencias entre la Federación y los Estados federados, se cuestionaba la compatibilidad con la Constitución federal de una disposición de la Constitución estatal que limitaba el número de mandatos de los Senadores elegidos en aquel Estado. La opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional resaltó la primacía absoluta del ordenamiento federal, incluso sobre las disposiciones constitucionales de los Estados miembros. En cambio, las opiniones disidentes exponen crudamente doctrinas federales que parecían estar olvidadas; a favor de la doble soberanía de los Estados federados y la Federación y, lo que parece todavía más sorprendente, varios jueces se pronuncian a favor de la soberanía de los Estados, (Sentencia del Tribunal Supremo estadounidense de 22 de mayo de 1995, *Thornton-Term Limits* Sobre este pronunciamiento, *vid.* P. H. PRELOT y M. ROGOFF, «Le fédéralisme devant la Cour Suprême des États Unis», *RDP*, 1996, pp. 759-791).

⁶⁶ Sobre la naturaleza del pacto se desarrolló una amplia aportación doctrinal en la dogmática del siglo pasado (*vid.*, por todos, A. LA PERGOLA, *Los nuevos senderos del Federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, *passim*). C. DURAND destaca que «Ce fut surtout en vue du maintien de l'esclavage que furent développés, dans le Sud les doctrines sur le caractère contractuel de la constitution et de l'Union», *Les Etats fédéraux. Étude de droit constitutionnel positif*, Sirey, París, 1930, p. 67. Asimismo, no falta quien afirma que el acto de creación del Estado federal está regido, en primer lugar, por el ordenamiento internacional y, a continuación, por el ordenamiento de cada uno de los Estados federados o que el ordenamiento federal pueda autolegitimarse a partir de determinados hechos desarrollados bajo otro ordenamiento. Los «residuos» contractualistas se manifiestan, por ejemplo, en el consentimiento de los Estados en la reforma de la Constitución.

Por último, baste señalar, puesto que será objeto de atención más adelante, que se deriva de la lealtad federal la obligación de que los componentes del Estado federal «se guarden lealtad y se entiendan mutuamente»; en definitiva, la necesidad de que las decisiones que se adopten en el ámbito federal se basen en la transacción y el compromiso. Esta obligación se comprende más fácilmente si se tiene en cuenta que el TCF debía pronunciarse sobre la constitucionalidad del reparto entre los Estados federados de unas ayudas federales a la construcción de viviendas, que debía realizarse «de acuerdo» con los *Länder*, y que la Federación repartió en contra de la opinión de algunos Estados federados. El TCF rechazó que fuese suficiente con el apoyo de la mayoría de los Estados federados y afirmó que se requería el acuerdo unánime de los *Länder*, no sólo por la interpretación de lo preceptuado en esta norma, sino por el similar *status* de los Estados federados, que exigía en las relaciones de los miembros de la Federación su acuerdo unánime.

No obstante, el TCF era consciente de que la negativa de un Estado federal podía ocasionar un «bloqueo» de la legislación federal y, precisamente a fin de evitar esta situación, el TCF derivó de la «lealtad federal» la obligación de «entenderse mutuamente». En función de este deber los Estados no están necesariamente obligados a ponerse de acuerdo, sino a mantener una posición razonable y a tratar de buscar una solución de compromiso entre los intereses individuales de los componentes del Estado federal que permita la salvaguarda del interés común.

2. *El desarrollo de la lealtad federal y situación central en las relaciones entre la Federación y los Estados miembros*

Durante la década de los años cincuenta, el Tribunal reafirma la vigencia de la lealtad federal y la aplica, notablemente en los asuntos de «Renania del Norte- Westfalia»⁶⁷, «Concordato»⁶⁸ y en su pronunciamiento sobre el «referéndum de armas atómicas»⁶⁹. La esencia de esta jurisprudencia se sistematiza en la Sentencia de 28 de febrero de 1961 de la «Televisión», en una fórmula que ha reiterado en su jurisprudencia con ligeras variantes:

«En el Estado federal alemán, el conjunto de las relaciones constitucionales entre el Estado central y sus miembros, así como las relaciones constitucionales entre los miembros, están determinadas por el principio constitucional no escrito del deber recíproco del *Bund* y los *Länder* a ob-

⁶⁷ BVerGE, «Judikate zum Nordrhein-westfälischen Besoldung», 4, 115.

⁶⁸ BVerGE, «Reichtskonkordat», 6, 309.

⁶⁹ BVerGE, «Volksbefragung», 8, 122.

servar un comportamiento favorable a la federación [*bundesfreundlichen Verhalten*]]»⁷⁰.

En este pronunciamiento se recogen los rasgos esenciales de la lealtad federal, que ya han sido anteriormente expuestos: el principio de lealtad federal rige con carácter general la totalidad o el conjunto de las relaciones existentes entre los *Länder* y la Federación, y de él se derivan obligaciones recíprocas de conciliación entre la Federación y los *Länder*, así como entre los propios *Länder*. En consecuencia, la totalidad de los componentes del Estado federal deben adoptar un comportamiento favorable a la federación (*bundesfreundliche Verhalten*), esto es, guardar fidelidad al «pacto» (*Bündnis*) entre la Federación y los Estados.

En el asunto de las armas atómicas, el TCF destacó que «los *Länder* y la Federación tienen la obligación constitucional de cooperar al fortalecimiento del régimen constitucional de alianza que les vincula, así como la custodia de los intereses legítimos de la Federación y de los Estados miembros»⁷¹.

El TCF debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de la convocatoria concertada en diversos municipios, regidos por el partido que se encontraba en la oposición en el Gobierno federal, de referendos en los que se cuestionaba la instalación en la RFA de armamento nuclear. Estas actuaciones sólo podían estar controladas por los Estados federados, puesto que la Federación no podía directamente controlar las actividades de los municipios. El Tribunal basó su pronunciamiento de forma directa en este principio, que obligaba a los Estados federados a revocar las decisiones de los municipios y convertía, así, en obligatorio el ejercicio de su competencia de control que en principio tenía carácter discrecional.

V. CARACTERES NORMATIVOS DE LA *BUNDESTREUE*

La lealtad federal se ha aplicado por el TCF en una gran variedad de ámbitos materiales y sus consecuencias abarcan aspectos tan variados como las retribuciones de los funcionarios, el presupuesto, la educación superior, las relaciones internacionales y las que se producen con la Comunidad Europea. Esta variedad obliga a realizar en este lugar un estudio del contenido

⁷⁰ «Im deutschen Bundesstaat wird das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen dem Gesamtstaat und seiner Gliedern sowie das verfassungsgrundsatz vor der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichen Verhalten beherrscht» (*BVerGE*, «Deutschland Fernsehen GmGh», 12, 205, 254). La referencia a que las relaciones entre la Federación y los Estados federados están «presididas» o determinadas por la lealtad federal es una constante en la jurisprudencia del TCF, *Vid. BVerGE*, 61, 149; *BVerGE*, 81, 310.

⁷¹ «hat die Funktion, die aufeinander angewiesenen Teile' des Bundesstaats, Bund und Länder, stärker unter der gemeinsame Verfassungsrechtsordnung aneinander zu binden» (*BVerfGE* 8, 122, 140). Esta conclusión la había apuntado en el asunto de las «viviendas sociales» (*BVerGE*, 1, 299).

de la lealtad federal que se limite a destacar las grandes líneas de la jurisprudencia del TCF, tanto por la abundancia de sus concreciones como, sobre todo, porque a pesar de su aparente exhaustividad siempre sería incompleto. En efecto, debido a su carácter de cláusula general o abierta, su contenido depende de las situaciones de hecho a las que se aplique⁷².

Las consecuencias jurídicas que de ella se derivan pueden agruparse en función de un criterio subjetivo⁷³, que se base en los sujetos obligados por la lealtad federal⁷⁴ o, desde otro punto de vista, a través de un significado funcional, en donde se ordenen las consecuencias que se derivan de la lealtad federal desde un punto de vista material, bien se dirijan hacia los Estados federados, bien hacia la Federación.

1. *Sujetos obligados por el deber de lealtad*

Aun cuando parece más adecuado esquematizar las concreciones de la lealtad federal en función de su contenido material, es necesario detenerse antes en la determinación de los sujetos a quienes obliga la lealtad federal.

El término *Bundestreue* es una expresión desafortunada, por cuanto indica exclusivamente la obligación de lealtad de los *Länder* hacia el *Bund*. Como se ha reiterado, la *Bundestreue* crea deberes de los *Länder* hacia la Federación, de la Federación respecto de los *Länder* y de los *Länder* entre sí⁷⁵.

No cabe duda, así, de que la lealtad federal se encuentra en el origen de una serie de deberes jurídicos de carácter constitucional dirigidos al *Bund* y los *Länder*⁷⁶. Esta afirmación, sin embargo, presenta un carácter demasia-

⁷² Es una afirmación general, *vid.*, por todos, H. A. SCHWARTZ-LIEBERMANN von WAHLENDORF», *loc. cit.*, p. 782.

⁷³ A. JIMÉNEZ BLANCO señala que en determinados pronunciamientos es un elemento principal en la decisión, en otros supuestos serviría de apoyo accesorio de la solución de un asunto basada en otros criterios constitucionales, mientras que, por último, en algunos casos es un elemento que suaviza la decisión del Tribunal (*op. cit.*, p. 105).

⁷⁴ H. W. BAYER distingue entre aquellas obligaciones dirigidas hacia el *Bund* (*op. cit.*, p. 77 y ss) y las que se dirigen hacia los *Länder* (*Ibidem*, pp. 99 y ss.); H. BAUER *op. cit.*, pp. 327 y ss.

⁷⁵ H. BAUER hace referencia a numerosas propuestas doctrinales que expresan, de forma más rigurosa que la expresión *Bundestreue*, la idea de «comportamiento favorable a la federación» (*bundesfreundlichen Verhaltens*), aunque ninguna haya conseguido aceptación general. Se pueden destacar: *Bundessinn*, *Bundestaatsreue*, *bündnisfreundlichen Verhalten*, o *gemeinschaftsfreundliches Verhalten* (*op. cit.*, p. 2). *Vid.* también la enumeración de H. A. BAYER (*op. cit.*, p. 23). Sin otorgar demasiada importancia a esta cuestión terminológica, la expresión *Bundestreue* se correspondería con el término fidelidad federal, mientras que la lealtad federal sería literalmente *Pflicht zu «loyalen» Verhalten*, y todavía, en determinados contextos, la jurisprudencia del TCF parece hacer referencia a la solidaridad (*Solidargemeinschaftlichen*, *BVerGE*, 72, 330, 398).

⁷⁶ La jurisprudencia es constante al atribuir este carácter a la lealtad federal, a través de diversas fórmulas, como «relación jurídica material no cerrada», «relación jurídica fundamental federal entre los Estados y la Federación», «relación jurídica constitucional entre el Estado total y sus miembros así como entre éstos entre sí», «relación jurídica recíproca», «relación fundamental constitucional» o, simplemente «relación constitucional» (H. BAUER, *op. cit.*, p. 277). Las notas predominantes en conjunto son el carácter constitucional, fundamental y recíproco de la relaciones derivadas de la lealtad federal entre el *Bund* y los *Länder*.

do general. En la doctrina, BAYER precisó que ambos son personas jurídicas y como tales no pueden actuar más que a través de sus órganos, por lo que en última instancia, aunque de forma indirecta, estos últimos se encuentran obligados por la lealtad federal en cuanto que representan a los *Länder* o a la Federación ⁷⁷.

Esta teoría parte del presupuesto de la personalidad jurídica de la Federación y de los Estados federados ⁷⁸. En la doctrina alemana se admite generalmente esta personalidad, aunque no faltan críticas ⁷⁹; pero es evidente que este razonamiento no puede extenderse con relación a otros principios que desempeñen funciones idénticas a la lealtad federal en otros países donde no se otorga generalmente personalidad jurídica ni al Estado en su conjunto ni a sus componentes ⁸⁰.

En todo caso, con independencia de esta cuestión, el aspecto relevante es que la totalidad de sus órganos, de cualquiera de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, aunque de forma destacada los órganos legislativos, el Gobierno y la administración, están obligados por la lealtad federal ⁸¹, sin que exista una «pantalla» que obstaculice este deber.

Es preciso, por otra parte, plantear si se encuentran obligados por la lealtad federal los municipios y al Consejo federal (*Bundesrat*). En principio, la lealtad federal obliga sólo a la Federación y los Estados federados y quedan fuera de su ámbito de aplicación el resto de los poderes públicos.

⁷⁷ H. W. BAYER, *op. cit.*, p. 55.

⁷⁸ Se elimina aquí la controversia relativa a la significación de la atribución de personalidad jurídica al Estado. Según destacó H. HELLER, «el verdadero sentido de la soberanía del Estado, que, histórica y sistemáticamente, no es otro que haber constituido una antítesis a la concepción autocrática de la soberanía del príncipe» (*La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Fondo de cultura económica, México, 1995, p. 164). Se intentaba no otorgar la soberanía al pueblo, sin que tampoco fuera admisible ya en aquel momento la soberanía del monarca.

⁷⁹ Vid. la exposición de la doctrina alemana en A. J. GÓMEZ MONTORO, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 110. Asimismo, J. IPSEN afirma que el dogma del Estado como persona jurídica no es incontrovertido», «Das Dogma vom Staat als juristischer person ist nicht unumstritten», (*Staatsorganisationsrechts*, 5ª. ed., Luchterhand, Berlín, 1993, p. 40), una exposición general de estas críticas en H. BAUERN, *op. cit.*, p. 281.

⁸⁰ En la doctrina española existe polémica sobre la posible personalidad jurídica del Estado y su relación con la personalidad de la administración. Vid. F. GARRIDO FALLA, «Reflexiones sobre la reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español», *RAP*, 1982, pp. 7-30. Puede consultarse también, J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *El Estado-Unitario federal*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 63 y ss.; P. LUCAS VERDÚ y P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *Manual de Derecho político*, vol. I, Tecnos, 3ª ed. Madrid, 1994, pp. 194 y ss.; una argumentación favorable a esta personalidad en A. GALLEGO ANABITARTE, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, Madrid, 1992, *passim*. y L. LÓPEZ GUERRA, «Sobre la personalidad jurídica del Estado», *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 6, 1980, pp. 17-35.

⁸¹ H. W. BAYER no incluye entre los órganos obligados a los órganos judiciales, quizá porque considere que estas relaciones se encuentran vinculadas al denominado «auxilio judicial», institución que presenta caracteres propios (*op. cit.*, pp. 77 y ss.). Sí lo hace H. BAUER, aunque reconoce que no posee un importante significado en el contexto de la lealtad federal («Anders als in der Gesetzgebung und der Verwaltung hat die Bundestreue mit Blickrichtung auf die Rechtsprechungsfunktionen nie grössere Aufmerksamkeit auf sich gezogen», *op. cit.*, p. 331).

De forma notable, quedan fuera de su ámbito de aplicación las relaciones en las que intervengan los órganos municipales, que sólo indirectamente, o con mayor precisión de forma mediata, se verían afectados por la lealtad federal. Así se puso de relieve en el asunto sobre los «referendos de armas atómicas». En este asunto el TCF declaró la obligación de los Estados federados de controlar las actuaciones municipales que pusieran en peligro las competencias de la Federación. Luego, los municipios sólo de forma indirecta a través de la obligación de los Estados se verían afectados por la lealtad federal. Se ha afirmado que la lealtad federal no obliga a los órganos municipales porque en función de su ámbito de competencias sólo se relacionan con los Estados federados y no con la Federación. Sin embargo, cabe plantearse si no estarían al menos obligados a un comportamiento análogo a la lealtad federal con respecto a los Estados federados, que estuviese en la base de una fidelidad estatal hacia los Estados federados (*Staatstreue*)⁸².

En cambio, a pesar de estar compuesto por representantes de los Estados federados, el Consejo Federal (*Bundesrat*) sigue siendo un órgano de la Federación, y no está obligado por la lealtad federal en sus relaciones con los órganos de la Federación, sino por el deber de cooperación constitucional entre los órganos del Estado federal⁸³.

2. Efectos jurídicos derivados de la lealtad federal

Un problema distinto, aunque se encuentra directamente vinculado con el anterior, y que resulta también controvertido, es la posibilidad de atribuir carácter de derechos públicos subjetivos (*subjektiven öffentlichen Rechten*) a las situaciones jurídicas derivadas de la lealtad federal⁸⁴. El

⁸² Incluso es posible ir más allá y plantear que los entes municipales estén obligados por la lealtad federal (K. MESSERSCHMIDT, «Der Grundsatz der Bundestreue und die Gemeinden- Untersucht und Beispiel der «Komunale Aussenpolitik», *Die Verwaltung*, 1990, pp. 425-458). En todo caso, resulta aplicable la precisión de nuestro TC, según la cual «el hecho de que los Ayuntamientos tengan en la actualidad competencias importantes en la materia hacen más necesaria, si cabe, la antes aludida cooperación y colaboración entre todas las autoridades interesadas» (STC, 33/1982, de 8 de junio, FJ 5).

⁸³ H. W. BAYER, *op. cit.*, p. 79. La cooperación entre los órganos constitucionales se denomina *Vertragsorganstreue* (confianza recíproca entre los órganos constitucionales) y está situada fuera de la lealtad federal, *vid.* K. STERN, *Der Staatsrecht...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.; H. BAUER, *op. cit.*, p. 213; A. ANZON, *op. cit.*, p. 75. El TCF ha hecho referencia a esta obligación en el «asunto sobre el Tratado de Maastricht» donde afirmó, con respecto a la actuación en el ámbito comunitario, que «Estas competencias compartidas serán asumidas por el Gobierno federal y la Dieta federal en un sentido de fidelidad orgánica» (*BVerGE*, 89, 115). Una exposición sumaria del Consejo Federal en C. DÄSTNER, «Funcionamiento del Bundesrat alemán», en *La participación de los Länder en los asuntos de la Unión Europea a través del Bundesrat*, Comunidad de Madrid, Madrid, 1995; asimismo, D. SCHEFOLD, «Cooperazione politica e amministrativa. Il Bundesrat tedesco come modello di intreccio», en *Federalismo e regionalismo in Europa*, A. D'ATENA (ed.), Giuffrè, Milán, 1994, pp. 165- 179; H. J. BLANKE, «El Bundesrat en el sistema constitucional de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania», en F. PAU I VALL (coord.), *El Senado, Cámara de representación territorial. III Jornadas de las Asociación Española de letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 81-101.

⁸⁴ Siguiendo el detallado estudio que hace H. BAUER, algunas concepciones teóricas del Estado federal son esencialmente contrarias a la atribución de derechos subjetivos jurídico-públicos a la Federa-

derecho subjetivo se inserta, como se sabe, en una previa relación social a la que el Derecho concede relevancia, y se entiende convencionalmente como un interés jurídicamente protegido que puede ser exigido ante los órganos jurisdiccionales⁸⁵.

La afirmación del TCF de que la lealtad federal «rige las relaciones entre el *Bund* y los *Länder*» presupone, según H. BAUER, al menos aparentemente, la atribución de derechos públicos subjetivos a cada una de estas instancias. En efecto, el concepto de relación arrastra de forma inmediata a la teoría de la relación jurídica pública entre instituciones, dotadas de personalidad y convertidas en sujetos de derechos y obligaciones.

Esta conclusión plantea, sin embargo, bastantes problemas. En primer lugar, parte de la doctrina considera que el concepto de derecho subjetivo y la teoría de la relación jurídico pública no resultan aplicables a los vínculos existentes entre la Federación y los *Länder*, relaciones que deberían estar previstas exclusivamente en términos de reparto de competencias⁸⁶. Es cierto que los derechos públicos tienen su campo natural de actuación en las situaciones jurídicas de que son titulares los individuos y sólo de forma derivada este concepto podría trasladarse a las relaciones entre la Federación y los Estados federados. Como punto de referencia, en la doctrina española es común señalar que del principio de colaboración se derivan deberes jurídico constitucionales, aplicados a las relaciones «no competenciales» entre los componentes del Estado. Pero nadie señala que se creen derechos subjetivos, aunque se trata de una consecuencia lógica ante la opinión general de la falta de personalidad de los componentes del Estado en un sentido amplio⁸⁷. Por otro lado, y aun cuando se trate de un argumento colateral, es

ción y los Estados federados. Sin necesidad de recoger exhaustivamente esta cuestión, baste destacar que K. HESSE mantiene que el orden federal constituye sobre todo un proceso histórico y político que se manifiesta en la actuación unificada de sus componentes (*Einheitsbildung*), por lo que la personalidad de la que disfrutarían los Estados y la Federación sería en todo caso instrumental. Asimismo, ISENSEE considera que el Estado federal es exclusivamente una «idea estatal», un teorema que vincula a la Federación y a los Estados federados, tesis que tampoco parece compatible con la atribución de personalidad jurídica y de titularidad de derechos subjetivos a la Federación y a los Estados miembros (*Vid.* H. BAUER, *op. cit.*, pp. 280 y ss.).

⁸⁵ Sobre este concepto puede consultarse G. JELLINEK, *Teoría general del Estado*, traducción de la segunda edición alemana y prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1914, *passim*, y la presentación que de él se hace en el prólogo, p. LXIII; J. C. GAVARA CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, CEC, Madrid, 1994, pp. 39 y ss.

⁸⁶ Sobre la distinción entre ambos conceptos fundamentada en que la competencia no se dirige a realizar un interés individual, *vid.* S. JOVANOVIĆ (*Restriction des compétences discrétionnaires des États en Droit international*, Pédone, Paris, 1988, p. 21). Sobre el concepto de competencia, V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, LGDJ, París, 1974, pp. 68 y ss. A. C. KISS considera que la distinción entre el derecho subjetivo y la competencia, que implica facultades y deberes al tiempo, es expresión de las técnicas diversas del Derecho privado y del Derecho público (*L'abus de Droit en Droit international*, LGDJ, París, 1953, p. 182).

⁸⁷ J. CARDONA LLORENS recalca la distinción entre deber jurídico y obligación jurídica en su aplicación al ordenamiento internacional («Deberes jurídicos y responsabilidad internacional» en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 148).

bien conocida la crisis que atraviesa la institución del derecho subjetivo en el ámbito del ordenamiento constitucional, en especial en la conceptualización de los derechos sociales de los que son titulares los particulares⁸⁸ y en la definición de las actividades prestacionales de la administración.

Esta breve exposición pone al menos de relieve los problemas teóricos que se plantean si se considera que se derivan de la lealtad federal derechos subjetivos. Por lo demás, en la jurisprudencia, como destaca A. BLECKMANN, el concepto de Derecho público subjetivo no está presente de forma expresa; el TCF no se refiere a las situaciones de ventaja derivadas hacia la Federación o los *Länder*, incluso cuando se trata de proteger los intereses financieros de los *Länder*, sino que aplica concepciones más generales como la «defensa de la estructura general presupuestaria común a la Federación y los *Länder*»⁸⁹.

En realidad, cualquier pronunciamiento debe partir de las diversas funciones que desarrolla la lealtad federal; no pueden incluirse dentro de una misma figura jurídica la totalidad de las consecuencias que se derivan de la lealtad federal, que si por una parte es fuente de obligaciones, también limita el ejercicio de las competencias y regula incluso el estilo de las relaciones entre la Federación y los Estados federados. No obstante, cuando constituye una situación jurídica activa, puede considerarse un deber jurídico constitucional recíproco⁹⁰, sin necesidad de pronunciarse sobre su naturaleza de derecho subjetivo.

VI. LOS LÍMITES EN LA APLICACIÓN DE LA LEALTAD FEDERAL

1. *La imposibilidad de modificar el reparto de competencias*

El carácter general de la lealtad federal ha hecho que el TCF, de acuerdo con las advertencias doctrinales sobre la posible utilización ilegítima o abusiva de este principio, haya fijado límites a su aplicación. Así, el TCF ha declarado que la lealtad federal no puede modificar el contenido sustantivo

⁸⁸ Sobre el relativo abandono de la teoría del Derecho público subjetivo en el contexto del Estado social intervencionista, *vid.* J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los Derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, esp. pp. 47 y ss.

⁸⁹ Este autor considera que no aparece en la jurisprudencia ninguna referencia a los derechos públicos subjetivos de los Estados federados y lo mismo ocurre respecto a la Federación, «Zu dem subjektiven Rechten der Länder finden sich folglich in der Rechtsprechung des BVerG nur kaum generalisierbare Ansätze» (*loc. cit.*, p. 902).

⁹⁰ Como señala K. ENGISCH, «la obligación es un concepto más amplio que el del derecho subjetivo; (...) es dudoso que a cada obligación corresponda un derecho a la realización de la misma, y esto incluso en el caso de que se trate no ya de derechos del individuo, sino de derechos de la Comunidad y especialmente del Estado» (*Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 33).

de las disposiciones constitucionales que regulan de forma específica una determinada materia. Esta precisión debe situarse en su justa medida, por cuanto es evidente que de la lealtad federal sí se pueden derivar obligaciones adicionales de carácter procedimental que varían o modifican en un sentido amplio el contenido de las disposiciones formales. Así se pone claramente de relieve en la Sentencia del TCF de 22 de mayo de 1990, en la que se planteaba la extensión del poder de instrucción de la Federación sobre la ejecución de las disposiciones federales por los Estados federados ⁹¹.

En términos generales, las medidas de Instrucción constituyen una actuación de dirección sobre las actividades de las autoridades de los Estados federados que se encuentren encargadas de la ejecución de las disposiciones de la Federación ⁹².

Como se sabe, en el sistema constitucional alemán los *Länder* están encargados de forma general de ejecutar las normas de la Federación ⁹³. En ellos recae no sólo la lógica ejecución de las materias que son de su competencia sino también la ejecución de la mayor parte de la legislación federal.

Sin embargo, la Federación no puede desentenderse de la forma en la cual se ejecutan sus disposiciones y para ello dispone de una serie de poderes de «supervisión», que tienden en último extremo a controlar la ejecución de estas disposiciones y a corregir la actuación de las autoridades estatales. Este control varía según se trate de la habitual ejecución como materia propia (*als eigene Angelegenheit*, modalidad a la que se refiere el art. 84. 1 LF) o bien por encargo de la federación (*im Auftrag des Bundes*, art. 85.1 LF) en aquellos ámbitos reducidos en los que está prevista.

El Tribunal destacó que en ambos supuestos se trata de una administración de los Estados federados y no de la Federación y precisó que sólo se di-

⁹¹ El objeto de este pronunciamiento era una medida de instrucción dirigida por el Ministro federal de economía, medio ambiente y tecnología a las autoridades de los Estados federados, relativa a un procedimiento de autorización de instalaciones nucleares, y en el que pendían las divergencias sobre la seguridad de algunos reactores nucleares y, desde un punto de vista más general, en torno a la política energética y de la necesidad de la explotación de este tipo de energía agudizadas después de la catástrofe de Chernobyl. El TCF declaró que «el principio de lealtad federal no modifica el reparto de competencias establecido en la Ley Fundamental» («der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens ändert nichts an der im Grundgesetz festgelegten Kompetenzurteilung» (*BVerGE*, 81, 331, 337). Asimismo, en el asunto sobre los «bancos de crédito» afirmó que el ejercicio por parte de la Federación de una competencia que le venía atribuida por la LF no infringía la lealtad federal, incluso si había permitido durante mucho tiempo la actuación de forma autónoma de los Estados federados (*BVerGE* 14, 197). Sobre este asunto, *vid.* P. M. BLAIR, *op. cit.*, p. 185.

⁹² En el ámbito de las medidas de ejecución como asunto propio, sólo pueden utilizarse medidas de Instrucción en supuestos especiales, y siempre después de la previa aprobación del *Bundesrat* (art. 84.5 LF).

⁹³ A. JIMÉNEZ BLANCO caracteriza el sistema alemán con los calificativos de federalismo de «ejecución» y «cooperativo», *op. cit.*, p. 37; *vid.*, asimismo, sobre la ejecución de las autoridades estatales en el ámbito del Estado compuesto, S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982, t. I, pp. 450 y ss.; I. LASAGABASTER HERRATE, «Administración y federalismo en la República federal alemana», *RVP*, n.º 9, 1984, pp. 91-131; con relación a la ejecución sobre el impuesto de la renta, que es una de las materias sobre las que se aplica el sistema de administración por encargo de la Federación, M. MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, pp. 176 y ss.

ferencian en las medidas de control que podía adoptar la Federación. Cuando los Estados federados ejecutan las disposiciones federales como materia propia, el Gobierno federal puede ejercer un poder de vigilancia (*Aufsicht*) de la ejecución de las leyes que ejecutan los *Länder*, que se dirige a comprobar si ha habido infracción del Derecho vigente (art. 84.3 de la LF). En cambio, en la ejecución «por encargo» de la Federación, la LF permite que la Federación adopte con carácter general medidas de Instrucción (*Weisung*) previstas en el artículo 84.3 de la LF.

Las medidas de Instrucción constituyen órdenes ejecutivas⁹⁴, en definitiva, medidas de dirección singulares que, como señala ROVIRA, convierten la relación entre la autoridad federal y la del Estado miembro, en función de su carácter «compulsivo», prácticamente en un poder de dirección similar al que dispondría un órgano jerárquicamente superior.

El poder de Instrucción es, por tanto, una de las medidas de corrección que se dirige a «orientar casuísticamente —aunque quizá con alcance general— la concreta actividad ejecutiva de los *Länder*»⁹⁵; un control que sólo puede desarrollarse en las escasas ocasiones en que está prevista la administración de los *Länder* por encargo de la Federación⁹⁶.

En este marco constitucional debe situarse la forma en la cual actúa la lealtad federal. El *Land* de Renania del Norte- Westfalia consideraba que el principio de lealtad limitaba el Derecho de Instrucción del *Bund* a los supuestos en que después de haberse realizado todos los esfuerzos posibles no se alcanzaba un acuerdo sobre el contenido de la medida de instrucción en-

⁹⁴ S. MUÑOZ MACHADO destaca que «en el caso de las competencias ejercidas por delegación de la Federación, el control, la vigilancia de ésta se intensifica. El poder de dictar disposiciones administrativas generales (*Verwaltungsvorschriften*) se amplía y, sobre todo, se hace general e incondicionado el poder de dirigir instrucciones u órdenes ejecutivas (*Weisung*) a las autoridades de los *Länder*. Y en fin, la función estricta de vigilancia (*Bundesaufsicht*) no se limita a la comprobación, como en el caso anterior, de si ha habido o no vulneraciones del Derecho vigente, sino que se extiende también a cuestiones de oportunidad, a la conveniencia de la ejecución» (*op. cit.*, p. 452); asimismo, E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, p. 207 y A. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, pp. 53 y ss. y especialmente sobre este tipo de ejecución, p. 92, en la nota a pie 93.

En la mayor parte de los supuestos la supervisión se configura de acuerdo con los caracteres de la denominada Alta Inspección. Esta Institución, que prácticamente no ha variado desde que fue concebida por Triepel, no relaciona a las autoridades que ejecutan las disposiciones sino a las autoridades superiores, responsables en último lugar de la actuación. Las autoridades federales encargadas de vigilar la correcta ejecución de la legislación federal no entran en contacto directo con los funcionarios que las ejecutan sino con las autoridades superiores del *Land* y asimismo tampoco pueden corregir sus actuaciones. En definitiva, el aspecto relevante de esta función de supervisión no son las «acciones aisladas» sino las «conductas» imputables al ente ejecutor en cuanto tal. Esta finalidad implica que no exista un control jerárquico de la actuación administrativa, sino un control de legalidad que se dirige a controlar en términos generales y no en el caso concreto que se respeten las disposiciones federales. (*vid. A. JIMÉNEZ BLANCO, op. cit.*, p. 54).

⁹⁵ E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, p. 211.

⁹⁶ En el modelo español la facultad de inspección estatal tiene como límite la competencia de organización de las Comunidades Autónomas, en la que no puede inmiscuirse el Estado central. J. L. CASCAJO CASTRO ha puesto de relieve el peligro en inferir de forma automática del artículo 15 de la CE una especie de *Aufsicht* general («En torno a la configuración jurisprudencial y doctrinal de la llamada Alta Inspección», *RVAP*, n.º 10, 1984, vol. II. p. 101).

tre la Federación y el Estado federado. En definitiva, habría que agotar las posibilidades de negociación entre la Federación y el Estado federado, circunstancia que aquí no se había producido y que convertía a la medida federal en ilegal. En la práctica, esta alegación, según el TCF, exigía que se llegase a un acuerdo antes de adoptar la medida de Instrucción⁹⁷.

El TCF no aceptó esta argumentación y destacó que el principio de lealtad federal no podría modificar la forma en la cual se encuentra previsto en la LF el reparto de competencias, que se ponía de manifiesto en este lugar en la competencia de control atribuida a la Federación con respecto a la ejecución de las disposiciones federales por los Estados federados. En consecuencia, una actuación que constituyese el mero ejercicio de las competencias constitucionales no podía ser contraria a la lealtad federal, aunque sí podría serlo si se tratase de una aplicación «manifiestamente abusiva» o bien contraria a determinadas exigencias procedimentales»⁹⁸.

Ahondando en este presupuesto, el TCF rechaza que la simple adopción de la medida de Instrucción pueda poner en peligro el equilibrio entre la Federación y los *Länder* previsto en la Ley Federal; la Instrucción es precisamente la base del ejercicio de las competencias de ejecución en el ámbito de la administración «por encargo» de la Federación.

No obstante, y éste es el aspecto que interesa resaltar, la lealtad federal impone determinadas exigencias procedimentales a la actuación de la Federación que ve así limitada la forma en la cual puede realizar el ejercicio de sus competencias. El TCF afirmó que de la lealtad federal se derivan «especiales condiciones y límites en el ejercicio de las competencias»⁹⁹.

En primer lugar, salvo casos de urgencia, se debe permitir que el Estado federado pueda exponer su posición con el tiempo suficiente antes de adoptar la medida de instrucción, requisito necesario para que la Federación pueda tener en cuenta la opinión del Estado federado, que de esta forma puede influir en su contenido. Esta exigencia, recalca el TCF, no requiere el asentimiento de los Estados miembros. En segundo lugar, el *Land* debe po-

⁹⁷ Los representantes del Estado federal consideraban que las medidas de instrucción sólo podían adoptarse si, a pesar de haber realizado todos los esfuerzos posibles, el diálogo entre las autoridades afectadas no hubiera llegado a buen término. Si no se hubieran agotado las posibilidades de negociación la medida de Instrucción sería, de acuerdo con las alegaciones del Estado federal, ilegal (*BVerGE*, 81, 310, 323).

⁹⁸ *BVerGE*, 81, 310, 337.

⁹⁹ El TCF consideró que «En el ejercicio de su competencia de instrucción el *Bund* está sujeto al deber de lealtad federal. De aquí se derivan presupuestos particulares y límites en el ejercicio de las competencias (...). En el Estado federal alemán, el conjunto de las relaciones entre el Estado conjunto y sus Estados miembros está regido por el deber constitucional no escrito de la lealtad federal (...). Este deber exige que en el ejercicio de sus competencias tanto la Federación como los Estados miembros tengan en cuenta la necesaria e indispensable consideración a los intereses comunes del Estado federal y hacia los intereses de los Estados miembros (...). La Federación no vulnera el deber de comportamiento favorable a la federación por el mero ejercicio de una competencia prevista en la LF; sino que se requiere que su ejercicio sea abusivo (*missbräuchlich*) (...) o contrario a una regla procedimental que se vincule a este principio (...)» (*BVerGE*, 81, 331, 337).

der examinar la medida de Instrucción siempre que la Federación esté considerando la posibilidad de dictar una Instrucción, una vez adoptada y con anterioridad a su ejecución. Por último, pone de relieve que no resultan aplicables en esta materia los límites que tiene la intervención respecto de los derechos de los particulares, en concreto el principio de proporcionalidad, inaplicable en las relaciones entre la Federación y los Estados federados; no existe ninguna obligación por parte de la Federación de respetar los intereses del *Land* antes de adoptar esta medida, exigencia que no se encuentra presente en este contexto y que la lealtad federal no puede imponer por sí misma¹⁰⁰. Esta afirmación, que parece excluir cualquier aplicación de la lealtad federal, quizá pueda parecer extraña a primera vista, pero se comprende si se tiene en cuenta que las competencias previstas en la Constitución le permiten comprobar si el Estado federal ha ejecutado las disposiciones federales, sin que el Estado federal pueda alegar en este momento que se trata de una disposición contraria a sus intereses.

La enunciación por el TCF de estas obligaciones pone de relieve que la imposibilidad de modificar las disposiciones constitucionales expresas y, sobre todo, la naturaleza de los Institutos jurídicos previstos en la LF, como ocurre con la Instrucción federal, no impide que el TCF pueda derivar de la lealtad federal obligaciones procedimentales no previstas inicialmente en la Constitución.

2. *La necesidad de que no infrinja otras disposiciones constitucionales*

Es comprensible que una actuación amparada en el contenido expreso de una disposición constitucional no pueda ser en sí misma contraria a la lealtad federal. En un asunto relativo a la retransmisión televisiva, se planteó una cuestión diferente y que constituía en cierta medida la situación inversa: se trataba de la necesidad de un pronunciamiento relativo a la lealtad federal cuando por otros motivos el TC declaraba una disposición contraria a la Constitución.

En este asunto se discutía la competencia de la Federación para someter a imposición a los organismos encargados de las actividades de radiodifusión, actuación que los Estados federados habían decidido llevar a cabo mediante la creación de entidades independientes. El TCF consideró que se trataba de una medida inconstitucional debido a que la Federación no podía decidir en el ámbito de la competencia de los Estados federados las actividades que deberían tener carácter público y en las que debían intervenir. Asimismo, tampoco podrían interferir en el ejercicio de sus competencias, ni obstaculizar el cumplimiento de las funciones acometidas por los Estados federados a través de organismos autónomos en el ejercicio de sus competencias. En reali-

¹⁰⁰ *Ibidem*, 338.

dad, al someter a imposición a estos organismos dificultaría la consecución de los fines de los Estados federados y produciría una injerencia contraria a la autonomía reconocida por la Constitución.

El aspecto relevante es que al tratarse de una medida inconstitucional, el TCF no tuvo necesidad de comprobar si infringía la lealtad federal. Es evidente, como sostuvo la Federación, que la lealtad federal no puede sanar un acto que sea nulo; pero parece que el TCF tampoco declarará que infringe la lealtad federal un acto que resulta ser contrario a una disposición expresa ¹⁰¹.

Esta restricción pone de relieve, por una parte, que la lealtad federal es un límite negativo y externo al ejercicio de las competencias que sólo cabría utilizar si formalmente al menos la actuación se trata de una actuación lícita. Ahora bien, puede tratarse simplemente de una razón de economía procesal, ya que sería innecesario y no tendría consecuencias prácticas afirmar que la adopción de una determinada disposición es contraria a la lealtad federal cuando el Tribunal se ha pronunciado a través de otro fundamento sobre su inconstitucionalidad ¹⁰².

VII. LA ACCESORIEDAD DE SUS OBLIGACIONES

La accesoriadad de la lealtad federal se ha utilizado con un sentido plurívoco y en cierta manera impreciso. En ocasiones, con este calificativo se afirma que no resulta posible derivar obligaciones concretas a partir de este principio, a menos que haya sido concretado por el legislador ¹⁰³. Sin embargo, esta conclusión no es adecuada en el sistema constitucional alemán, en el que la lealtad federal es por sí misma fuente de obligaciones autónomas que no requieren de ninguna actuación previa legislativa.

En la jurisprudencia reiterada del TCF la «accesoriadad» tiene un significado preciso: con este calificativo indica que sólo es posible la aplicación de la lealtad federal a aquellos supuestos en donde existe de antemano una

¹⁰¹ «Der Grundsatz der Bundestreue ist schlieslich keine Schranke, mit der man Nichtigkeiten inhiibieren kann» (BVerGE, 31, 334). Vid. las amplias referencias a este asunto de P. M. BLAIR, op. cit., p. 196.

¹⁰² Opinión disidente de los Magistrados Geige, Rinck, y Wand (BVerGE, 31, 314, 337).

¹⁰³ En este sentido, R. FALCÓN y TELLA afirma que «nuestro Tribunal Constitucional no ha utilizado con frecuencia el principio de solidaridad, y cuando lo ha utilizado ha sido con carácter accidental o accesorio, sin fundar en dicho principio ninguna conclusión concreta» (op. cit., p. 126). En la doctrina también se había hecho referencia a la «subsidiariedad», expresión que puede dar origen a confusión; así, H. W. BAYER había considerado que «die Bundestreue zwar keine «neuen Rechte und Pflichten» des Bundes und der Länder begründe, wohl aber als ein «susidiäres», ein «ergänzendes» Prinzip neben die schon bestehenden Rechte und Pflichten trete». La *Bundestreue* no puede, sin embargo, fundamentar nuevos derechos y obligaciones de los Estados federados y de la Federación, puesto que constituye un principio «subsidiario» y «dependiente» vinculado a determinados derechos y obligaciones» (op. cit., p. 64).

concreta relación de la que se deriven derechos y obligaciones. Son precisamente estos derechos los que se ven modificados por la lealtad federal ¹⁰⁴. El TCF ha destacado que

«El principio de la *Bundestreue* (...) constituye o limita derechos y obligaciones dentro de una relación jurídica existente (...) pero no fundamenta por sí mismo una relación jurídica entre ellos. Las situaciones jurídicas recíprocas dentro de las cuales se aplica la fidelidad, deben determinarse o existir a partir de las normas existentes» ¹⁰⁵.

En el asunto sobre el «acuerdo estatal relativo a los estudios universitarios», el TCF reiteró el carácter accesorio de la lealtad federal. No obstante, precisó que no era necesario que la lealtad federal estuviese en relación con una previa disposición de rango constitucional, sino que podía ser también aplicable en la interpretación de un acuerdo entre Estados federados, aunque obviamente se declaró incompetente para concretar y aplicarla a este supuesto ¹⁰⁶.

Asimismo, el TCF afirma, en lo que constituye una justificación adicional de su carácter accesorio, que los deberes derivados de la lealtad federal aparecen «en primer y único lugar, cuando entre el *Bund* y los *Länder* existe una concreta relación jurídica» ¹⁰⁷.

Esta jurisprudencia otorga un significado bien preciso al carácter accesorio de la lealtad federal, pero contrasta, sin embargo, con los pronunciamientos en donde el TCF se refiere con gran generalidad a las relaciones en las que resulta aplicable la lealtad federal. En efecto, el TCF aparentemente incluye cualquier relación jurídica, incluso si no está fundamentada en una previa disposición jurídica cuando mantiene que

«En el Estado federal alemán, el conjunto de las relaciones constitucionales entre el Estado central y sus Miembros, así como las relaciones constitucionales entre los Miembros, se rigen por el principio constitucio-

¹⁰⁴ Como se sabe, la relación jurídica es una relación social a la que el Derecho concede relevancia. Cada relación principal es una unidad dotada de unidad y es independiente de las otras. Sin embargo, una relación accesoria no puede entenderse al margen de la relación principal a la que se refiere. *Vid.* la edición facsímil, F. de CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*, tomo I, Civitas, Madrid, 1984, pp. 555 y ss.

¹⁰⁵ «Das Prinzip der Bundestreue konstituiert oder begrenzt Rechte und Pflichten innerhalb eines bestehenden Rechtsverhältnisses zwischen Bund und Länder... begründet aber nicht selbst ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen. Die wechselseitigen rechtlichen Beziehungen, innerhalb deren treue zu wahren ist, müssen bestehen oder durch Verhandlungen begründet werden» (es jurisprudencia constante, *vid.* *BVerGE*, 42, 103, 117).

¹⁰⁶ La aplicación última de la lealtad federal la realizó el Tribunal administrativo federal, según cita H. J. FALLER (*loc. cit.*, p. 201).

¹⁰⁷ *BVerGE*, 13, 54 (75), 21, 312 (326) «erst und nur in Spiel, wenn zwischen der Bund und dem Land ein konkretes verfassungsrechtlichen Verhältnis «besteht» (21, 312 (326)).

nal no escrito que obliga de forma recíproca al *Bund* y de los *Länder* a observar un comportamiento favorable a la federación»¹⁰⁸.

Esta aparente contradicción parece afirmarse en determinados pronunciamientos, en concreto, en el asunto sobre los «referendos de armas atómicas»¹⁰⁹ y el asunto de la «Televisión»¹¹⁰, a los que por otros motivos ya se ha hecho referencia, y en los que el TCF dedujo de la lealtad federal obligaciones autónomas que no estaban relacionadas con ninguna otra relación jurídica previa.

No obstante, la fuerte reacción a estas decisiones quizá hizo que desde entonces el TCF sólo utilizase el principio de la *Bundestreue* para limitar o moderar deberes u obligaciones derivados de las disposiciones constitucionales.

Por último, baste señalar que la relevancia de la accesoriadad en la función que desempeña la lealtad federal en el sistema constitucional no es objeto de una apreciación unánime¹¹¹. Algunos autores consideran que la accesoriadad es expresión del «declive» en la utilización de la lealtad federal, y se considera que responde a las críticas que sufrieron los pronunciamientos iniciales del TCF sobre la lealtad federal, pero esta conclusión resulta aventurada en vista de las importantes y recientes aportaciones que ha realizado el TCF sobre la lealtad federal¹¹². En cualquier caso, el carácter accesorio no supone necesariamente un juicio de valor sobre su importancia, ni implica desconocer su carácter autónomo. Es preciso situar el debate sobre la accesoriadad en su justa medida, la que implica que de la lealtad federal se derivan exclusivamente obligaciones adicionales no previstas en una relación jurídica principal.

VIII. LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA LEALTAD FEDERAL

Antes de desarrollar las obligaciones concretas derivadas de la lealtad federal, es interesante precisar los caracteres normativos de este principio, que son muestra, en primer lugar, de los propios rasgos generales de las dis-

¹⁰⁸ «Im deutschen Bundestaat wird das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen dem Gesamtstaat und seinen Gliedern sowie das verfassungsgrundsatz vor der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichen Verhalten beherrscht» (12, 205 (254); 61, 149 (205); 81, 310 (337)).

¹⁰⁹ *BVerfGE* «Volksbefragung» 8, 122.

¹¹⁰ *BVerfGE* «Fernsehen» 12, 205.

¹¹¹ K. STERN, *Das Staatsrecht...op. cit.*, p. 547.

¹¹² En línea con esta argumentación, se ha llegado a interpretar en un sentido restringido la afirmación del Tribunal relativa a la necesidad de una previa relación jurídica constitucional de la que se derivan derechos y obligaciones, destacando que sería suficiente con una «relación de hecho» en la que entren en contacto las competencias del *Bund* y de los *Länder*. *Vid.*, sobre esta polémica, H. BAUER, *op. cit.*, p. 182.

posiciones constitucionales, caracterizadas por su gran generalidad y por estar redactadas con términos vagos e imprecisos¹¹³. Se ha destacado que «a la vista del carácter fragmentario, frecuentemente indeterminado de la Constitución, es natural el recurso al proceso tópico, orientado al problema», apreciación que resulta aceptable siempre que no se disuelva en un puro voluntarismo judicial el carácter normativo y objetivo de los principios constitucionales¹¹⁴.

No es, por tanto, peculiar a la lealtad federal la dificultad de definir en qué consiste la obligación de la Federación y los Estados federados de tomar en consideración los intereses del resto de los componentes del Estado federal, cuyo contenido preciso no es posible delimitar si no es con el riesgo de caer en una generalización poco práctica o, en el extremo opuesto, en un casuismo detallista¹¹⁵; apreciación que en realidad es común en los principios jurídicos¹¹⁶.

Cuando se señala la generalidad de los preceptos constitucionales y, en concreto, de la lealtad federal, no se indica aquí la concreción de las obligaciones a las que ha lugar, sino la circunstancia de que puede ser aplicada en una serie virtualmente indefinida de situaciones de hecho, tantas como relaciones se puedan establecer entre la Federación y los Estados federados, y es, como consecuencia, origen de una serie diversa e indefinida de consecuencias jurídicas, significado que

¹¹³ Como destaca F. RUBIO LLORENTE, los preceptos constitucionales son, en general, «esquemáticos, abstractos, indeterminados y elásticos» («La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, IEF, Madrid, vol. I, p. 63). Sobre la vaguedad, borrosidad e inconcreción del lenguaje legal, que resulta de su estructura sintáctica, contexto sistémico y funcional, vid. J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 41 y ss.; M. ARAGÓN señala que «Más que norma, la Constitución es un cuerpo normativo (un conjunto de prescripciones que enuncian normas y también principios jurídicos, aunque estos se encuentren normativizados)» («La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional», *REDC*, 1986, pp. 85-136, esp. p. 107). En general, sobre la interpretación constitucional, E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984; vid., también, A. HOYOS, *La interpretación constitucional*, Temis, Santa Fé de Bogotá, 1993. Con referencia al TCF, F. de BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, «La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana; parámetros de admisibilidad», *REDC*, 1992, pp. 99-125. Con referencia expresa a la función de los principios, vid. F. RUBIO LLORENTE, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *REDC*, 1991, pp. 9-36.

¹¹⁴ E. W. BÖCKENFORDE, *Escritos sobre Derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993, p. 20. Este autor considera que el problema es el aspecto principal en la interpretación jurídica de la Constitución, que se presenta como un proceso abierto de argumentación, «el cual no tiene un contenido normativo a investigar (y, por tanto, a aplicar)» (*Ibidem*). Las normas constitucionales se convertirían en simples «puntos de vista de argumentación, cuya relevancia se determina según su adecuación- en última instancia sólo determinable por el intérprete- al problema ó al caso» (*Ibidem*, p. 21). El método tópico no debería conducir, sin embargo, a una relativización tan absoluta de los principios constitucionales. En general, A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

¹¹⁵ En general, M. BARCELÓ I SERRAMALERA, «Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán para la interpretación de las normas de reparto competencial entre el *Bund* y los *Länder*», *REDC*, 1989, pp. 123-162, y especialmente sobre la lealtad federal, pp. 140 y ss.

¹¹⁶ J. ROLDÁN BARBERO critica el alto nivel de abstracción que rodea el desarrollo de los principios estructurales del ordenamiento internacional, «Los textos que los reglamentan apenas si se extienden, en ocasiones, en su configuración concreta. Quizás no podría ser de otra forma (desde luego en materia de buena fe); pero es indudable que, de esta suerte, queda entorpecida la ordenación estable y firme de las relaciones internacionales» (*op. cit.*, p. 59).

no coincide con el habitual carácter general de las disposiciones normativas¹¹⁷ y que la caracteriza por su plasticidad o capacidad de adaptación¹¹⁸.

La generalidad en su ámbito de aplicación se acompaña del carácter indeterminado de las obligaciones que se derivan de la lealtad federal. Como se sabe, los conceptos indeterminados son aquellos en los cuales no resulta posible «una cuantificación o determinación rigurosa» porque remiten a conceptos valorativos, como la buena fe, o bien a supuestos de hecho que no presentan caracteres que puedan ser medidos de forma precisa, como la fuerza irresistible. La concreción de los conceptos indeterminados en un supuesto de hecho no permite más que una solución legítima, a diferencia de las diversas soluciones que son igualmente válidas en las disposiciones discrecionales¹¹⁹; pero, al margen de un núcleo o zona de certeza positiva y negativa, en la que está claro que se da o no se da el supuesto previsto con carácter indeterminado en la disposición, existe una zona de penumbra donde no resulta fácil decidir si es posible incluir una situación de hecho dentro de sus previsiones¹²⁰.

La aplicación de la lealtad federal atribuye en función de estos caracteres un importante margen de decisión al TCF, lo que no es ciertamente una situación excepcional en la interpretación de las disposiciones constitucionales. En cierto modo, si la generalidad de su formulación le permite ser la fuente de una serie virtualmente indefinida de consecuencias jurídicas, esta misma generalidad haría, según ha afirmado de forma notable HESSE, que las relaciones entre la Federación y los Estados federados se encontrasen en una continua inseguridad¹²¹.

¹¹⁷ F. DE CARRERAS, «Norma y ordenamiento en la Constitución española», *RCEC*, nº 9, pp. 39-56. Como puso de relieve I. DE OTTO, deben distinguirse los conceptos de abstracción y generalidad. La abstracción caracterizaría a la conducta descrita en la norma y sería el rasgo opuesto a la determinación, mientras que la generalidad aparece referida a la indeterminación de los sujetos y sería opuesta a la concreción (*Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 179).

¹¹⁸ De forma gráfica H. BAUER afirma que «La progresiva precisión de las obligaciones derivadas de la lealtad federal es el origen de la inseguridad sobre su contenido. Además, la esencia de la lealtad federal es la de un principio general elástico»: «Die bei der Präzisierung der bundesstaatlichen treupflicht bestehenden unsicherheiten sind seit jeher nachweisbar. Bereits in ihren Ursprüngen wurde die Bundestreue als ein elastischer allgemeiner Grundsatz bezeichnet» (*op. cit.*, p. 313). Se trata, por otra parte, de una situación común en la interpretación de la Constitución donde se encuentran cláusulas «vagas» o indeterminadas, *vid.*, sobre la función de los Tribunales Constitucionales con relación a estas normas, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 222 y ss.

¹¹⁹ Sobre los conceptos indeterminados, *vid.* E. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 116 y ss. Con distinción, asimismo, entre los principios descriptivos y los normativos, K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, pp. 137 y ss.

¹²⁰ Como ha destacado el TC español en una jurisprudencia constante, el control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse «de forma que no imponga restricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas. El cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados» (por todas, STC 108/1986, FJ 18).

¹²¹ K. HESSE basó una de sus críticas a la lealtad federal en la necesaria indeterminación de su contenido (*Die unitarische Bundesstaat*, *op. cit.*, p. 9).

Sin embargo, resulta excesivo afirmar que no se pueda concretar en ningún modo las obligaciones a las que da la lugar lealtad federal. Por otro lado, la inseguridad en las relaciones entre la Federación y los Estados federados no es tal, no tanto por la posibilidad de analizar y diseccionar de forma más o menos detallada las consecuencias de la lealtad federal, sino porque este principio no modifica el reparto de competencias previsto en la Constitución, y sólo viene a añadir ciertas precisiones a las obligaciones constitucionales de la Federación y los Estados federados.

En fin, la jurisprudencia del TCF ha ido perfilando conceptos que se encuentran en un lugar intermedio entre la función general desarrollada por el principio de lealtad y su manifestación al aplicarse a un supuesto de hecho determinado. Esta labor facilita la sistematización de las obligaciones derivadas de la lealtad federal y permite además esquematizarlas de acuerdo con la clasificación de la propia jurisprudencia del TCF ¹²².

De forma convencional, su contenido se desgaja en una vertiente positiva, desde donde se originan obligaciones concretas dirigidas a la Federación y los Estados federados ¹²³ y, por otra parte, en un aspecto negativo que limita la discrecionalidad en el ejercicio de las competencias ¹²⁴.

1. *Las obligaciones de hacer*

El principio de la lealtad federal obliga a los Estados federados y a la Federación a adoptar en el conjunto de sus relaciones recíprocas un comportamiento amistoso, más allá del simple cumplimiento de las obligaciones formales previstas en la Constitución.

La jurisprudencia del TCF no sólo ha puesto de relieve la vinculación entre el principio federal y la lealtad federal, y la función que desarrolla la lealtad federal en el contexto del Estado federal, sino que ha llevado a cabo una importante labor analítica, descomponiendo el significado general de la lealtad federal en una serie de obligaciones concretas, inmediatamente vinculantes sin necesidad de una intervención previa del legislador. La lealtad federal es, por tanto, fuente de obligaciones jurídicas autónomas y puede constituir el fundamento de la anulación de un acto contrario a estos deberes.

¹²² A pesar de que se trata de concreciones apreciables, como destaca K. LARENZ en una argumentación que se dirige con carácter general a todos los principios jurídicos, «están muy lejos de representar reglas de las que pudiera resultar inmediatamente la resolución de un caso particular. La efectiva concretización la efectúa siempre la jurisprudencia de los tribunales atendiendo al caso particular concreto» (*op. cit.*, p. 466).

¹²³ Con respecto al ordenamiento internacional, E. J. REY CARO señala que el principio de colaboración «tiene un contenido sustantivo que se manifiesta tanto como obligación general o como en obligaciones concretas (deber de notificar, de entablar consultas, de negociar, etc.)» («La conservación de los recursos vivos en la alta mar y las nuevas tendencias de la legislación en América latina», *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 1995, p. 139).

¹²⁴ Como señala K. ENGISCH, «de un supuesto de hecho pueden surgir derechos y obligaciones que tienen contenidos negativos: es decir, derechos y obligaciones que se refieren a una omisión, o sea a un no-hacer, (...) Derechos y obligaciones de este tipo son, evidentemente, algo positivo» (*op. cit.*, p. 29).

La exposición del contenido de la lealtad federal resulta, debido a la amplitud de su objeto, forzosamente sumaria ¹²⁵. Además, debe señalarse que la completa efectividad de las obligaciones derivadas de la lealtad federal requiere la adopción de disposiciones legislativas en las que se desarrollen previamente los aspectos procedimentales y técnicos.

A) Deber de suministrar información y evacuar consulta

Como destaca GARCÍA DE ENTERRÍA, la simple transmisión de información sería una forma bien pobre de relación entre dos sujetos y requiere «para que posea un verdadero significado, el trámite de audiencia que permita expresar a la otra parte su opinión» ¹²⁶. Esto es evidente incluso cuando se trata de vínculos entre Estados soberanos, cuyas relaciones de cooperación comportan no sólo la información y la consulta sino también la concertación, cuanto más entre los Estados miembros de una Federación.

Aun así, no necesariamente la transmisión de informaciones tiene por objeto una consulta, y puede que el traslado o el intercambio de información se realice exclusivamente con la finalidad de facilitar el ejercicio de las competencias de la otra parte. En este caso, no se dirige a obtener ninguna respuesta de quien la ha recibido, sino que es una manifestación de la obligación recíproca derivada de la lealtad federal de facilitar a todos los componentes de la estructura federal las informaciones que requieran para el adecuado ejercicio de sus competencias.

Esta obligación se presenta expresamente en la LF en determinadas materias y, sin ánimo de exhaustividad, cabe hacer referencia a sus aspectos más relevantes.

En primer lugar, el intercambio de informaciones es esencial en el ejercicio de las competencias por parte de los órganos judiciales y administrativos, ámbitos en los que se encuentra desarrollada en la legislación ordinaria ¹²⁷.

¹²⁵ Las obligaciones derivadas de la lealtad federal no son meramente programáticas, en el sentido que le otorga V. CRISAFULLI quien señala que «non regolano direttamente le materie (...) ma regolano propriamente l'attività statale, in ordine a dette materie; hanno ad oggetto immediato comportamenti statali, e soltanto mediatamente e per dir così, in secondo grado quelle cete materie» («Efficacia delle norme costituzionali «programmatiche», *Rivista di diritto pubblico*, 1951, p. 381; *vid.* también sobre estas disposiciones J. L. CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 73 y ss.

¹²⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La participación de las Comunidades Autónomas en la formación de las decisiones comunitarias» en *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea: relaciones jurídico-institucionales*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1991, p. 109.

¹²⁷ El artículo 35 de la Ley Fundamental prevé que «todas las autoridades de la Federación y de los *Länder* se prestarán mutuamente asistencia judicial y administrativa». Por lo que respecta a la obligación de colaboración entre las administraciones públicas esta obligación ha sido desarrollada en la Ley de procedimiento administrativo alemán, *vid.*, sobre esta disposición, A. NIETO GARCÍA, «El Proyecto de ley de Procedimiento Administrativo en la República Federal alemana», *RAP*, n° 47, 1965, pp. 483-522; E. LINDE PANIAGUA, «La Ley de procedimiento administrativo de la República federal alemana», *Revista de Administración pública*, núm. 83, 1977, pp. 477-537. El deber de auxilio previsto en el artículo 35 de la Constitución, en la práctica viene a vaciar de contenido, por ser «más elástico e informal», al artículo 84.3

Asimismo, la ejecución de la legislación federal por los Estados federados conlleva necesariamente, a fin de que la Federación pueda controlar y valorar la eficacia de sus políticas la transmisión de información por parte de los Estados federados.

En la materia de las relaciones internacionales el deber de información se concreta en la LF en el denominado «derecho de audiencia», que obliga a la Federación a consultar a los Estados federados antes de concluir un tratado que les afecte de forma cualificada ¹²⁸.

Este derecho de audiencia se ha completado con los deberes de información previstos en los «Acuerdos de Lindau», en donde la Federación y los Estados federados llegaron a un compromiso que permitió a la Federación concluir acuerdos en materias de competencia exclusiva de los Estados ¹²⁹. Para ello la Federación se comprometía antes de adoptar un acuerdo en estas materias a obtener el consentimiento de los Estados federados. Asimismo, si se veían afectados sus «intereses esenciales», la Federación debería informar a los Estados federados y posteriormente oír sus opiniones al margen del derecho de audiencia previsto en el artículo 32 de la LF.

En fin, los *Länder* reciben las informaciones provenientes del ámbito comunitario en especial a través del Consejo Federal (*Bundesrat*) ¹³⁰.

B) La obligación de compromiso

De la lealtad federal se deriva la obligación de la Federación y sus Estados miembros de «entenderse mutuamente» y de ponerse de acuerdo, que se traduce en una voluntad efectiva de solucionar los conflictos y las divergencias de intereses que puedan surgir en el seno de Estado federal. La conciliación es una necesidad esencial a cualquier estructura federal y refleja de

de la LF, donde se prevé un requerimiento formal, proveniente del influjo de Triepel, que se basaba en el envío de Comisionados encargados de recibir informaciones (A. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 80).

¹²⁸ Según lo dispuesto en la LF, «antes de concluirse un Tratado que afecte a las condiciones particulares de un *Land*, éste será oído con la suficiente antelación» (art. 32 LF). Como señala R. BUSTOS GIBBERT, el derecho de audiencia «únicamente es exigible cuando afecta a un aspecto concreto de específico interés de uno o más *Länder*» (*Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1996, p. 175). Además, este derecho no sería más que una manifestación de la *Bundestreue* y no supondría ninguna vinculación del Gobierno federal a la opinión de los *Länder* afectados» (*Ibidem*, p. 175).

¹²⁹ En un primer momento, los Estados federados consideraban que la Federación no podía concluir acuerdos en materias de su competencia exclusiva. *Vid.* sobre esta posición y sobre las limitaciones a la competencia de los Estados federados para concluir acuerdos internacionales, que requiere en todo caso el consentimiento de la Federación, E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, p. 113; R. BUSTOS GIBBERT, *op. cit.*, p. 178. No falta quien con carácter general sostiene la teoría del «paralelismo de competencias», y la exclusión de la actuación internacional de la Federación en los ámbitos de competencia estatales exclusivas (*vid.*, sobre esta doctrina, R. DEHOUSSE, *Fédéralisme et relations internationales*, Bruylant, Bruselas, 1991, pp. 217 y ss.). (*Vid.*, sobre este compromiso, E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, p. 113). El texto del «Acuerdo de Lindau» de 14 de noviembre de 1957 puede consultarse en A. LÓPEZ CASTILLO, «Textos relativos a la colaboración entre las regiones alemanas (*Länder*) y el Gobierno federal», *RIE*, 1989, pp. 587 y ss.

¹³⁰ *BVerGE*, 12, 205.

forma paradigmática la cultura propia de esta forma de organización política¹³¹. En consecuencia, no resulta sorprendente que uno de los primeros contenidos que el TCF otorgó a la lealtad federal fuese el de imponer la necesaria conciliación entre los Estados miembros y la Federación, compromiso que facilita la adopción de los acuerdos entre los componentes del Estado federal (*Abstimmung*)¹³².

La primera ocasión en la cual el TCF se refirió a esta obligación de compromiso fue en la Sentencia de 21 de mayo de 1952, en el asunto de las «viviendas sociales»¹³³, cuando el Gobierno de Baviera impugnó el reparto de una ayuda federal que debía realizarse «de acuerdo con los Estados federados»¹³⁴.

Esta disposición no precisaba si el acuerdo con los Estados federados requería su unanimidad o bastaba una decisión adoptada por mayoría, procedimiento que sería el aplicable si en las relaciones entre los Estados federados rigiese el principio democrático, según matizó el TCF. Ambos supuestos planteaban según reconocía el TCF riesgos inherentes: si se permitiera un acuerdo adoptado con la mayoría de los Estados federados, la Federación podría negociar y buscar alianzas con determinados Estados en perjuicio del resto; pero de exigirse un acuerdo unánime, bastaría la oposición de un solo Estado para bloquear la medida, o conseguir del ministro federal o de los otros *Länder* concesiones injustificadas.

Al final, el TCF llegó a la conclusión de que se requería el acuerdo unánime de los Estados federados, y no tanto por la interpretación de la disposición federal objeto de la controversia como, sobre todo, porque como miembros del Estado federal los Estados federados debían tener los mismos derechos, un similar *status* que se vería puesto en peligro si en sus relaciones rigiese el principio democrático. Según el TCF, ningún Estado federado podía quedar en minoría (*überstimmt*) por la decisión mayoritaria del resto, situación que produciría una dependencia jerárquica contraria al modelo federal.

No obstante, una vez que se decidió por la decisión unánime, y a fin de evitar un bloqueo en la adopción de las ayudas, dedujo de la lealtad federal la obligación de los *Länder* de entenderse mutuamente y ponerse de acuerdo. La obligación de conciliación es, por tanto, corolario de la unanimidad

¹³¹ H. BRUGMANS, *La pensée politique du Fédéralisme*, Sithoff, Lovaina, 1969, p. 36.

¹³² La conciliación es una de las formas de solución pacífica de controversias en el ordenamiento internacional: D. J. LIÑÁN NOGUERAS, «Algunas consideraciones sobre la evolución de la conciliación», *Hacia un nuevo orden internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 439-455. Al margen de este significado técnico, con respecto de la negociación, J. P. COY destaca que puede llegar a ser un arte y se fundamenta «sur le contact humain entre participants à la recherche d'une solution raisonnable» (*La conciliation internationale*, París, Pédone, 1968, p. 185).

¹³³ *BVerGE*, 1, 229, 315.

¹³⁴ El *Land* de Baviera impugnó una decisión de la Federación que debía, según esta ley sobre la vivienda, adoptarse de acuerdo con los Estados federados («nur im Einvernehmen mit den Länder»).

en que se basan las decisiones de los Estados federados y permite eliminar las consecuencias negativas que se derivan de este principio.

La relevancia de esta decisión exige una aproximación más detallada que ponga de relieve en qué consiste el contenido de este deber, del que debe destacarse desde ahora que no presenta meramente carácter general y retórico; no se trata sólo de que el TCF pueda eventualmente conocer de la violación de este deber constitucional y declarar su infracción. En efecto, la lealtad federal hace posible el acuerdo entre la Federación y los Estados federados, incluso si cuenta con la oposición de alguno de ellos ¹³⁵.

Sin embargo, si se aceptase con facilidad que la negativa de un Estado a prestar su consentimiento es contraria a la lealtad federal, en realidad se estaría invirtiendo subrepticamente el presupuesto principal de la decisión del Tribunal, que era la necesidad de aprobación unánime por los Estados federados. Es preciso recordar que la finalidad de la lealtad federal es evitar el posible vacío a que puede dar lugar la necesidad de una decisión por unanimidad y no convertir una decisión que debe adoptarse de forma unánime en una decisión mayoritaria.

Es lógico, pues, que el TCF limite de forma rigurosa las circunstancias bajo las cuales la negativa al acuerdo será irrelevante. La adopción de un acuerdo en contra de la oposición de un Estado federal sólo se producirá en circunstancias excepcionales, cuando la oposición del Estado no sea razonable, esté basada en motivos no pertinentes, no objetivos y arbitrarios. De hecho, en el asunto de las viviendas sociales, el TCF consideró que la negativa de Baviera era razonable y estaba justificada. En efecto, si la conciliación no tiene siempre como resultado el acuerdo, tampoco el Estado que se niegue a concluir al acuerdo de forma injustificada dispondrá de un poder de bloquear esta medida.

Como puede apreciarse, el TCF debe entrar a conocer de los motivos por los cuales eventualmente no se alcanza el acuerdo, a fin de comprobar si la oposición se basa en razones objetivas y no arbitrarias. Esta decisión resulta difícil no sólo porque quizá los motivos no sean suficientemente evidentes, sino por la controversia política en la cual se vería inmerso el TCF, aunque no resulta descartable al menos en supuestos que resulten claramente abusivos.

Por otra parte, la obligación de conciliación presenta otras vertientes más fácilmente controlables por el TCF, relativas a los requisitos formales de la negociación y a la actitud que debe mostrar el Estado antes de negarse

¹³⁵ En el ordenamiento internacional, un Estado es libre de mantener una posición diversa en las negociaciones (P. CAHIER, «L'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur», *Mélanges Fernand Dehousse*, vol. 1, *Le progrès du droit des gens*, Labor, Bruselas, 1979, p. 32; A. PLANTEY, *La négociation internationale. Principes et méthodes*, 2ª. ed., CNRS, 1994; W. MORVAY, «The obligation not to frustrate the object of a Treaty prior to its entry into force», *ZÖR*, 1967, pp. 451-492.

a prestar su consentimiento. El deber de conciliación exige no sólo iniciar o entablar formalmente los contactos sino desarrollarlos de acuerdo con un espíritu determinado, abierto, con la intención de lograr un acuerdo que satisfaga en lo posible los intereses de todas las partes.

En definitiva, exige realizar todo aquello que sea posible para lograrlo, aunque evidentemente puede que finalmente no se consiga. De esta forma, los representantes de la Federación y los Estados federados no sólo deben entablar negociaciones nominales, en las que se limiten a exponer sus puntos de vista y a escuchar los contrarios. El deber de conciliación se traduce en una serie de consecuencias objetivas que hagan posible un verdadero intercambio de puntos de vista. Así, el rechazo a una propuesta debe acompañarse de alternativas constructivas que precisen en su caso las razones por las cuales no se admite la oferta y estén acompañadas de una contrapropuesta razonable, en la que se pueda haber aceptado parte de las pretensiones contrarias y al menos necesariamente se tengan en cuenta sus intereses. Sería contrario a la lealtad federal ofrecer una posición rígida, un *diktat* sin ninguna opción ¹³⁶. Sería también contraria a la lealtad federal una postura obstruccionista y dilatoria, así como romper injustificadamente las negociaciones y, en general, no realizar todos los esfuerzos posibles para hacer posible el acuerdo. En términos generales, puede afirmarse que el deber de conciliación configura una obligación de negociación reforzada, que requiere no sólo tomar en consideración los intereses de las otras partes, sino en último extremo incluso sacrificar el interés individual si así lo requiere el interés común. Las ventajas globales que se obtengan del acuerdo pueden hacer, en consecuencia, que resulte obligado renunciar a un interés individual, si la oposición es desproporcionada, pero no siempre es así y es posible legítimamente oponerse al acuerdo ¹³⁷.

Con respecto a su ámbito de aplicación, la obligación de lograr un acuerdo rige tanto las relaciones entre los *Länder* y la Federación, así como entre los propios *Länder* entre sí; el acuerdo entre los Estados federados es

¹³⁶ A. COX destaca con referencia a la negociación de los convenios colectivos en Estados Unidos que la posibilidad de llegar a un acuerdo se incrementa con el simple hecho de escuchar las opiniones de la otra parte («The duty to bargain in good faith», *Harvard Law Review*, 1958, pp. 1401-1442).

¹³⁷ Las obligaciones de comportamiento y de resultado se distinguen, según la caracterización proveniente del Derecho internacional, por la mayor o menor libertad de que disponen los Estados para elegir los medios a través de los cuales ejecutan sus obligaciones. Así, mientras que las obligaciones de comportamiento exigen la adopción de medidas determinadas, en la obligación de resultado se otorga libertad a los Estados para que las cumplan a través de los instrumentos que consideren oportunos (Sexto informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Sr. Roberto Ago, relator especial, *Annuaire CDI*, 1977, vol. II, primera parte, p. 9). Una presentación crítica de esta distinción en J. COMBACAU, «Obligations de résultat et obligations de comportement: Quelques questions et pas de réponse», en *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le Droit international: unité et diversité*, París, Pédone, 1981, pp. 181-204. El Auto del Tribunal Penal internacional para la ex-Yugoslavia de 3 de abril de 1996 acoge esta distinción, y puso de relieve que los Estados no podían ampararse en lagunas de su ordenamiento y deberían haber adoptado con carácter previo a los requerimientos del Tribunal las modificaciones necesarias (puede consultarse en la *RDI*, 1996, pp. 460 y ss., apart. 7).

relevante en determinadas materias, donde se requiere una actuación uniforme en todo el territorio federal, que evite la actuación de la Federación. Esta circunstancia se aprecia de forma clara a partir de la influencia de las nuevas tecnologías en el ámbito de la legislación relativa a los medios de comunicación. El TCF afirmó con respecto a la retransmisión radiotelevisiva que «la funcionalidad del sistema de retransmisión depende principalmente de la coordinación de las disposiciones de los *Länder* y de su cooperación»¹³⁸. En el desarrollo de esta competencia los *Länder* están obligados por «el principio del comportamiento favorable a la federación a ponerse de acuerdo, mostrarse consideración recíproca y colaborar entre sí»¹³⁹.

Asimismo, se podría relacionar la lealtad federal con la coordinación y la colaboración aunque estos conceptos presentan caracteres relativamente indiferenciados en el ordenamiento constitucional alemán¹⁴⁰.

C) Deberes de estilo y procedimiento en las relaciones entre la Federación y los Estados miembros

Entre los componentes de la lealtad federal uno de los más significativos, y de los que presenta quizá mayor controversia, es el que regula el estilo que debe presidir las relaciones políticas entre la Federación y los Estados federados. En realidad, las posibles infracciones a esta obligación reflejan, más que una posible controversia entre los intereses de las diversas entidades territoriales, la oposición entre partidos gobernantes en la Federación y

¹³⁸ «Ein funktionierendes System der Verbreitung hängt vielmehr von einer Koordination des landesgesetzlichen Regelungen und damit von einer Kooperation des Länder ab» (*BVerGE*, 73, 118, 197). El TCF declaró que el desarrollo de los nuevos medios de comunicación hacía que los productores de programas dirigidos a más de un Estado federado no pudieran desarrollar correctamente su función con un conjunto de normas estatales distintas. Por ello consideró que un sistema funcional de difusión requería la necesidad de la cooperación. *Vid.* J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La directiva de televisión, Fundamento jurídico, análisis y transposición al derecho de los Estados miembros de la Unión Europea*, Colex, Madrid, 1995.

¹³⁹ «(...) ein funktionierendes System erforderlich ist, jedenfalls aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens, der auch die Länder untereinander zu gegenseitigen Abstimmung, Rücksichtnahme und Zusammenarbeit verpflichtet» (*Ibidem*).

¹⁴⁰ Sobre la cooperación espontánea al margen de las previsiones constitucionales, C. GREWE-LEYMARIE, *Le fédéralisme coopératif en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, París, 1981, pp. 45 y ss.; M. J. GARCÍA MORALES, «Tendencias actuales de la colaboración en los federalismos europeos: una perspectiva comparada», *Cuadernos de Derecho Público*, núm 2, 1997, pp. 224-251. A. JIMÉNEZ BLANCO destaca que no resultan excesivamente convincentes las justificaciones formales de la cooperación situada al margen de la Constitución. No obstante, añade que con base en prejuicios dogmáticos, que advierten sobre la modificación del reparto de competencias, no se puede acabar con la «selva cooperativa» (*op. cit.*, p. 146). Sobre este concepto puede consultarse, entre una amplia bibliografía, el «Estudio preliminar» de E. GARCÍA DE ENTERRÍA en *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, *op. cit.*, pp. 11-32; así como E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, pp. 345 y ss.; para una distinción de ambos conceptos, H. BAUER, *op. cit.*, pp. 170 y ss. Según A. JIMÉNEZ BLANCO, la doctrina alemana emplea ambos conceptos de forma indiferenciada (*op. cit.*, p. 256, esp. en la nota a pie 356). Sin embargo, E. ALBERTÍ ROVIRA, a partir de la doctrina alemana, diferencia la cooperación y la colaboración, y las distingue de otros conceptos afines (*op. cit.*, p. 365); en general, H. BAUER, *op. cit.*, p. 351.

en los Estados federados, aunque el TCE ha señalado que la lealtad federal no resuelve estas controversias políticas, y se limita a establecer los criterios generales en los que se deben basar las relaciones entre los entes territoriales.

El TCF afirmó en el asunto de la «Televisión» que se extendía la lealtad federal a una nueva vertiente, que tenía por objeto regular la forma o el «estilo» en el que se desarrollaban las relaciones entre la Federación y sus Estados miembros ¹⁴¹. La Federación intentó crear un nuevo canal de radiotelevisión, pero no disponía de competencia exclusiva en la materia relativa a las emisiones televisivas, sino sólo de competencia sobre los medios técnicos de radiodifusión, por lo que requería el acuerdo de los Estados federados, que eran competentes en materia cultural ¹⁴².

Ante el fracaso de las negociaciones, utilizó una estrategia basada en la división de los Estados federados, a través de contactos con los Estados cuyo gobierno pertenecía a su mismo grupo político.

El TCF consideró que la intención de dividir a los *Länder*, negociando sólo con aquellos de su misma orientación política, ignoraba el similar *status* de los Estados federados y era contraria a la lealtad federal.

Este pronunciamiento dio lugar a una amplia polémica ¹⁴³. Sin embargo, no puede considerarse que la actuación del TCF fuera política; no intervino directamente en la solución de la controversia, sino que se limitó a fijar las «reglas de juego» en que se deben desarrollar las relaciones entre la Federación y los Estados miembros.

2. *Los límites en el ejercicio de las competencias*

Como se ha señalado, este aspecto de la lealtad federal obliga a mantener en el ejercicio de las propias competencias los intereses de las otras partes

¹⁴¹ BVerGE, «Runfunkentscheidung (Deutschland Fernsehen)», 12, 205. El propio TCF después de sistematizar su anterior jurisprudencia advirtió que en este asunto desarrollaba un nuevo aspecto de la lealtad federal: «Der vorliegende Fall gibt Veranlassung, der verfassungsrechtlichen Grundsatz von der Pflicht zu bundesfreundlichen Verhalten nach einer anderen Seite weiter zu entwickeln: Auch das procedure und der Stil der Verhandlungen, die zwischen dem Bund und seinen Gliedern und zwischen den Ländern im Verfassungsleben erforderlich werden, stehen unter dem Gebot bundesfreundlichen Verhaltens» (BVerGE 12, 205, 254) («El presente asunto desarrolla el principio de la lealtad federal hacia otra dirección: También el procedimiento y el estilo de las relaciones entre la Federación y los Estados federados dependen del principio de fidelidad federal»).

¹⁴² J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES analiza las repercusiones de la integración europea en las competencias de los Estados federados y, en especial, su influencia sobre la cultura, una de las escasas materias atribuidas con carácter exclusivo a los Estados federados (*La directiva...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss.). Esta competencia cultural debía armonizarse con la competencia de la Federación para regular los medios técnicos de la transmisión de las señales y la utilización de las frecuencias de emisión.

¹⁴³ P. M. BLAIR señala la fuerte reacción del Gobierno federal, que llevó incluso al Canciller federal a declarar ante el *Bundestag* que la opinión unánime del Gobierno era que la Sentencia era falsa y constitucionalmente perturbadora y la oposición con la que fue recibido este pronunciamiento hacen, sin embargo, que se sitúe en este momento un punto de inflexión, más bien de ruptura, de la jurisprudencia del TCF, que nunca más vuelve a utilizarlo de forma principal (*op. cit.*, p. 180).

(*Pflicht zur Rücksichtnahme* o *Rechnungstragungspflicht*)¹⁴⁴. La lealtad federal actúa a modo de «filtro» a través del cual la Federación y los Estados federados ven limitada (*Rechtausübungsschranke, Rechtsbeschränkende Funktion*) su discrecionalidad en el ejercicio de las competencias (*Ermessensausübungsschranke*).

No obstante, quizá sea más correcto, al menos en lo que respecta al poder legislativo, referirse a la limitación de la libertad en el ejercicio de sus competencias y no de la discrecionalidad, concepto que no parece demasiado apropiado a la función legislativa¹⁴⁵.

Con independencia de esta cuestión terminológica, debe quedar claro que siempre resulta legítimo intentar obtener los propios intereses; sólo es contraria a la lealtad federal una actuación dirigida a la consecución de los intereses «egoístas» si causa un perjuicio a los intereses de las otras partes. El TCF ha señalado que¹⁴⁶:

«Este principio constitucional no escrito [*ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz*], que es una consecuencia del principio federal, impone un respeto recíproco, especialmente cuando se ejercitan las competencias propias. Este principio limita los egoísmos del *Bund* y de los *Länder* y debe intervenir cada vez que sus intereses divergen, cuando una de las partes sufriría un daño por una medida adoptada por la otra parte en su propio interés»¹⁴⁷.

A) La vertiente negativa de la lealtad federal y el abuso de derecho

La autonomía conceptual de la lealtad federal no impide resaltar la analogía que presenta su vertiente negativa con el abuso de derecho, a su vez, relacionado directamente con la necesidad de ejercer los derechos de

¹⁴⁴ Esta obligación es para K. STERN la función más característica e importante de la lealtad federal (*Das Staatsrecht...*, *op. cit.*, p. 548). Por el contrario, según A. JIMÉNEZ BLANCO, la función más destacada de la lealtad federal es la de regir el estilo y el procedimiento de las relaciones entre los componentes del Estado federal (*op. cit.*, p. 108).

¹⁴⁵ En cualquier caso, se trata de una cuestión más bien terminológica y que no presenta especial importancia. El legislador dispondría de la libertad en que se manifiesta la acción política, sometida en todo caso al límite material de la Constitución. Desde otro punto de vista, tampoco se puede sostener que las disposiciones constitucionales sean una especie de «programa» que deba ser desarrollado por el legislador; por todos, I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Madrid, pp. 44 y ss.

¹⁴⁶ En la opinión disidente de los magistrados Gerger, Rinck y Wand en el asunto sobre «exacciones en materia de retransmisión», «las diferentes opiniones de la Federación y de los *Länder* acerca de si una disposición legislativa (del *Bund* o de un *Land*) es políticamente correcta, justa, apropiada, económicamente perjudicial o ventajosa culturalmente, no suponen en sí mismas un conflicto de intereses entre la Federación y los Estados que deba resolverse mediante la lealtad federal» (*BVerGE*, 31, 314, 357).

¹⁴⁷ «Dieser ungeschriebene Verfassungsgrundsatz, der dem bundesstaatlichen Prinzip entspricht, gebietet gerade auch beim Gebrauch bestehender Kompetenzen gegenseitige Rücksichtnahme; er hält die Egoismen des Bundes und der Länder in Grenzen und greift dort ein, wo deren Interessen auseinanderfallen, und zwar so, dass der andere Teil seine Massnahmen ausschliesslich nach seinen Interessen treffen würde» (*BVerGE*, 43, 291, 348). («Este principio jurídico no escrito, que deriva del principio federal, obliga en el ejercicio de las competencias a una consideración recíproca; limita el egoísmo de la Federación y de los Estados federados y los encauza allí donde sus intereses entran en oposición, y en consecuencia la otra parte puede adoptar una medida contraria a los intereses de la otra»).

buena fe. El abuso de derecho constituye un límite externo al ejercicio de un derecho, que se añade a las limitaciones internas derivadas de su propio contenido. Su función es la de determinar cuáles son las actividades que, a pesar de estar formalmente incluidas en el contenido del derecho, sobrepasan lo que constituye su ejercicio normal y causan un daño a un tercero.

La relación entre la lealtad federal y el abuso de derecho se pone de manifiesto de forma clara en las referencias jurisprudenciales en las que se cuestionó la constitucionalidad de las actuaciones sobre las «retribuciones de los funcionarios», en la que el TCF destacó que:

«Del mismo modo que las competencias de la Federación le son acordadas para el bien general, los *Länder* deben subordinar la libertad de sus decisiones a la salvaguardia del interés general. Un Estado federal sólo puede existir si la Federación y los *Länder* velan conjuntamente en sus relaciones recíprocas porque la toma en consideración de sus intereses mutuos determine la medida en la cual pueden ejercer las competencias que le son formalmente atribuidas»¹⁴⁸.

Asimismo, el TCF requiere que la limitación del ejercicio de las competencias esté relacionada con un daño a los intereses de las otras partes¹⁴⁹.

B) Consideraciones sobre el concepto de interés general

La limitación en el ejercicio de las competencias afecta tanto a la Federación como a los Estados miembros; ambos deben tener en cuenta los intereses de las otras partes y del conjunto. Si la definición de lo que sea el interés individual de cada uno de los componentes de la Federación no plantea en principio dificultad, no ocurre lo mismo con el concepto de interés «general»¹⁵⁰, que resulta de difícil precisión¹⁵¹. En un Estado federal

¹⁴⁸ «Wie aber dem Bund seine Befugnisse nur Wohl des Ganzen zugemessen sind, so müssen auch die Länder die Freiheit ihrer Entscheidung der Rücksicht auf das Gesamtwohl unterordnen. Ein Bundesstaat kann nur bestehen, wenn Bund und Länder im Verhältnis zueinander beachten, dass das Mass, in dem sie von formal bestehenden Kompetenzen Gebrauch machen können, durch gegenseitige Rücksichtnahme bestimmt ist» (*BVerGE* 4, 115, 140).

¹⁴⁹ «A partir de este principio deben los órganos de los Estados federados ejercer sus competencias de manera que los intereses del Estado total y de los otros Estados federados no se vean dañados o menoscabados (*beeinträchtigt*) de forma injustificada» (*Ibidem*).

¹⁵⁰ La utilización del concepto de interés general no es un criterio adecuado para proceder al reparto de competencias; así, C. VIVERI PI-SUNYER considera en el contexto del sistema constitucional español que la utilización del interés general debe limitarse a aquellos supuestos en los que el bloque de la discrecionalidad «explícitamente se remite a ellos como criterios de distribución competencial» («Soberanía, autonomía, interés general... y el retorno del jurista persa», en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, pp. 293-331; *vid.* también, J. L. LÓPEZ GUERRA, «Conflictos competenciales, interés general y decisión política», *RCEC*, n.º 1, 1988, pp. 77 y ss.

¹⁵¹ Como señala J. BERMEJO VERA, el interés general presenta un significado «difuso plurívoco» y en su aspecto relativo a la legitimación del poder público se encuentra en crisis (El «interés general» como parámetro de la jurisprudencia constitucional», *RVAP*, 1984, pp. 103- 136).

no existe un solo interés público, sino diversos intereses, aunque no necesariamente en contradicción. Es, por lo tanto, preciso relacionar el concepto de interés conjunto o general con los intereses individuales de los Estados federados y con el interés de la Federación ¹⁵².

En cualquier caso, como señala BAYER, una actuación contraria al interés general no implica una valoración de intenciones, ni es expresión de una creencia subjetiva, por lo que su infracción no debe «dramatizarse» o «sentimentalizarse» ¹⁵³.

i) El interés conjunto y los intereses individuales

El interés general no está separado de los intereses individuales; precisamente la estructura federal tiene en último extremo la función de conseguir de mejor forma los intereses de cada uno de los *Länder*. Aun así, cabe entender el interés general de diversas formas. En primer lugar, podría considerarse que corresponde a la «suma» o agrupación de los intereses de los *Länder* y no a un interés distinto; pero también cabe mantener que el interés general sería un interés trascendente, distinto a los intereses de los componentes de la estructura federal ¹⁵⁴.

En realidad, se trata de un debate que aparece en relación con la legitimidad del poder político, que debe estar dirigido a la consecución del inte-

¹⁵² Una clara muestra de que el principio no sólo limita el ejercicio de las competencias de los *Länder* sino también de la Federación, se encuentra en el asunto de la «Televisión»; en este asunto el TCF declaró que la competencia de la Federación sobre los aspectos técnicos de la radiodifusión, que le permitía el reparto de frecuencias no podía perjudicar los intereses y las competencias esenciales de los *Länder* en materia cultural. En particular, no podía utilizar su competencia para impedir la retransmisión a los emisores autorizados por los *Länder*. Asimismo, la lealtad federal limita la discrecionalidad de la Federación en el ámbito de sus competencias concurrentes. El ejercicio de estas competencias debe tener en cuenta las disposiciones básicas del ordenamiento constitucional y las competencias de los *Länder*. Esta fundamentación llevó al TCF a anular la legislación adoptada por la Federación en materia de responsabilidad extracontractual, en cuanto que la competencia de la Federación no se extendía a la responsabilidad de naturaleza pública, sino sólo a la responsabilidad del Derecho civil. En el ejercicio de esta competencia concurrente, el TCF afirmó que debían comportarse de forma considerada (*BVerGE*, 61, 149, 205).

¹⁵³ H. W. BAYER, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵⁴ M. P. DESWARTE destaca que el concepto de interés general es una transformación laica del bien común cristiano. Además, examina las concepciones que sitúan al interés general en la prolongación de los intereses individuales y las que lo consideran un interés trascendente o transpersonalista («Intérêt général, Bien commun», *Revue du Droit Public*, 1988, pp. 1289-1313, *passim*); L. NIZARD, «Mythes étatiques et représentations sociales», en *Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenman*, 1975, pp. 91-98. Sobre el concepto de interés general y su variedad de posibles significados, *vid.* L. ORNAGHI, *Il concetto di «interesse»*. *Antología a cura di Lorenzo Ornagui*, Giuffrè, Milán, 1984, pp. 33 y ss.; M. BLANQUET se refiere a la aplicación de este concepto en la Comunidad Europea (*op. cit.*, pp. 325 y ss.). La dificultad en la aprehensión de este concepto radica en la pluralidad de sentidos a los que responde; así, F. SNYDER sintetiza desde un punto de vista político la distinción entre intereses subjetivos y objetivos, entre los que se encontrarían los intereses de «clase», y critica el concepto de «interés nacional» (*New directions in European Community law*, Weidenfeld, Londres, 1990, pp. 56 y ss.).

rés general, pero donde los presupuestos transpersonalistas son obviamente contrarios a la concepción liberal y democrática de la sociedad civil ¹⁵⁵.

A pesar de que son dos concepciones en apariencia contradictorias, quizá no sean incompatibles si se entiende que el interés general es distinto de los intereses de los Estados federados pero no puede desentenderse de ellos. Ésta parece ser la opinión de BAYER cuando afirma que la Federación «no sólo está obligada a tomar en consideración los intereses generales (*Gesamtinteressen*) sino los que quizá son distintos intereses de la suma de los *Länder* (el interés conjunto)»; y sirve, además, para diferenciar el interés general, distinto de la suma de los intereses de los Estados federados, del interés conjunto que aparece más como la suma de los intereses individuales de los Estados y la Federación ¹⁵⁶.

ii) El interés general y el interés de la Federación

La relación entre el interés general y el interés de la Federación tampoco es totalmente clara, por cuanto la actuación de la Federación no se dirige a satisfacer un interés central independiente sino el propio interés del conjunto.

En este contexto es preciso, en primer lugar, descartar aquellas teorías que atribuyen a la Federación un interés «central», distinto al interés general. Los autores que intentan atribuir un interés propio a la Federación tratan, en definitiva, de situar a la Federación y a los Estados federados «a la misma altura» ¹⁵⁷. Sin embargo, es más correcto afirmar que no existe un interés «central» propio de la Federación que sea distinto del interés del «conjunto», y es preciso reconocer que la consecución de los intereses esenciales está atribuida a la Federación; desde este presupuesto se deriva la primacía del Derecho fede-

¹⁵⁵ Sobre la distinción entre interés corporativo, interés total de la comunidad y contraposición de intereses, puede consultarse H. KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, pp. 94 y ss.; en general sobre las relaciones entre el Estado y la sociedad, M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1991, pp. 121 y ss.

¹⁵⁶ Según este autor, la Federación y los Estados federados deben salvaguardar los quizá distintos intereses del conjunto («nicht allein die Gesamtinteressen, sondern auch die möglicherweise davon verschiedenen Interessen der Summe der Länder, einzelner von ihnen oder auch nur eines einzigen mit in Rechnung zu stellen» (H. W. BAYER, *op. cit.*, p. 75).

¹⁵⁷ De la misma forma, no existe un Estado central separado de la Federación sino una organización central del Estado, a diferencia de lo que sostiene la teoría del Estado de dos miembros según la cual forman parte del Estado federal, por una parte, los *Länder* o Estados miembros (*Gliedstaaten*) y, por otra, el *Bund*, denominado Estado central o superior (*Zentralstaat*) y ambas categorías se englobarían en el Estado global o Estado conjunto (*Gesamstaat*). (Vid. E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, p. 64). En el transcurso de esta presentación de la estructura federal se encontraba la intención de situar en un mismo nivel al Estado central y a los Estados federados; los Estados miembros no se integraban en el *Bund* sino que ambas instancias formaban con igual jerarquía parte del Estado global. El TCF pareció acoger la doctrina del Estado de tres miembros en el Estado del «Concordato» (*BVerGE*, 6, 309); pero la rechazó expresamente en el asunto de los «referendos», cuando afirmó que la Federación no es el Estado central sino la organización central que representa de igual forma a los Estados miembros. Sólo existía una organización central que, junto con las organizaciones estatales de los Estados miembros, realiza todas las funciones estatales en el marco de la LF (*BVerGE*, 8, 122).

ral sobre el de los Estados miembros. A pesar de que la Federación está encargada de la consecución de este interés general, los Estados no se encuentran desvinculados de este interés y participan en su consecución de forma especial a través del Consejo Federal (*Bundesrat*)¹⁵⁸.

Ahora bien, la obligación de lealtad se dirige a la Federación al igual que a los Estados federados, y no puede considerarse que la función de la Federación en el sistema federal, encargada del ejercicio de aquellas materias que presentan un interés esencial para el sistema federal, le permita una posición superior desde la cual sus posiciones siempre prevalecerán aun en contra de los intereses de los Estados federados¹⁵⁹. La función de la lealtad federal es la de asegurar el mantenimiento de la estructura de división de poderes prevista en la LF y no la de primar los intereses del conjunto o los generales; por ello, aun cuando la Federación esté encargada de la consecución del interés general, es decir, de aquellas medidas que se consideran imprescindibles para el mantenimiento del orden federal, no puede afectar de forma injustificada a los intereses de los Estados miembros.

iii). La difícil prueba de la infracción del interés general

Como se ha señalado, el «interés conjunto» es un concepto indeterminado que requiere ser concretado y «llenado» de contenido por la jurisprudencia¹⁶⁰, por lo que es el TCF quien en última instancia está encargado de contrastar los intereses generales y los de los Estados miembros que componen la Federación¹⁶¹.

La prueba de que se ha cometido una infracción a este interés general no resulta fácil, como aparece de forma clara en el asunto de las «retribuciones de los funcionarios»; el TCF consideró en este asunto que sólo podía declarar la infracción de la lealtad federal y en consecuencia anular una disposición contraria si se tratase de una forma «manifiestamente abusiva» (*of-*

¹⁵⁸ G. JÁUREGUI afirma que «el hecho de que la Constitución atribuya la tutela de los intereses públicos generales a los órganos estatales, no supone en absoluto que el interés general tenga que coincidir con el interés del poder central y de sus órganos. El interés general es el interés común, de todos, y por tanto también el interés de las Comunidades Autónomas» (*Las Comunidades Autónomas y las relaciones internacionales*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1986, p. 59).

¹⁵⁹ En el ordenamiento constitucional italiano, el interés general se configura como un límite no sólo de legalidad sino también de oportunidad, y el Estado central podrá controlar que las regiones no adopten una medida que sea contraria al interés estatal (P. SANTOLAYA MACHETTI, *op. cit.*, p. 217; G. JÁUREGUI BERECIARTU, *op. cit.*, p. 59; A. ANZON, *op. cit.*, *passim*).

¹⁶⁰ H. W. BAYER, *op. cit.*, p. 72.

¹⁶¹ H. W. BAYER expuso que la lealtad federal modifica tanto la discrecionalidad de «actuación» (*Handlungsermessen*) como la discrecionalidad de «conformación» (*Gestaltungsermessen*). En el primer supuesto, convierte una actuación libre en obligatoria, mientras que cuando limita la discrecionalidad en la conformación modifica la forma en que puede ejercerse una competencia. Para expresar esta misma distinción también se alude a la discrecionalidad en el «uso» y a la discrecionalidad en el «ejercicio» de las mismas, respectivamente, o bien a la discrecionalidad en el «sí», relativa a las formas en las que se pueden ejercer las competencias y en el «cómo» (E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, p. 254).

fenbar misbrauchlich) del ejercicio de las competencias ¹⁶². Asimismo, en el «asunto de la Televisión» precisó que una actuación contraria a la lealtad federal no debía ser una actuación arbitraria (*willkürlich*). Este calificativo ya lo había utilizado, aunque en un contexto diferente, en el «asunto de las viviendas sociales», en el que consideró justificada la negativa a adoptar un acuerdo porque no era «manifiestamente infundada y arbitraria» ¹⁶³.

El TCF concretó estas afirmaciones generales en el asunto de la «cuota de acceso a la universidad» ¹⁶⁴, en el que se cuestionaba la compatibilidad con la lealtad federal de una Ley federal de acceso a la Universidad. Esta ley fijaba el reparto de las plazas universitarias a través de un sistema de cuotas asignadas a cada *Land* en función de su población. El *Land* de Hesse consideraba que esta política era contraria a los intereses de aquellos *Länder* que habían llevado a cabo una política de educación dirigida a fomentar el acceso lo más general posible a la educación superior y habían empleado, en consecuencia, mayores recursos en la formación previa a la Universidad; esta política no tendría resultados prácticos si sólo se tuviera en cuenta la población de cada Estado federado en el reparto de las plazas universitarias, por lo que solicitaba que la cuota asignada a los Estados federados tuviese en cuenta las solicitudes de ingreso provenientes de cada Estado.

Según el TCF, la lealtad federal es una «cláusula general» (*allgemeinen Masstab*) que no resulta aplicable sin haber sido previamente concretada con relación a un supuesto de hecho. En particular, a pesar de que el TCF reconoció que la política de la Federación beneficiaba a los *Länder* que no se habían preocupado de la educación dirigida al acceso a la Universidad, este simple hecho no era suficiente para que la legislación federal fuera contraria a la lealtad federal.

La infracción de la lealtad federal exigía que la medida fuera un «ejercicio de discrecionalidad contrario a la lealtad federal» y esta circunstancia sólo se producía si «las obligaciones que se deriven de este principio aparezcan con claridad y seguridad» ¹⁶⁵. En aplicación de este criterio general, el TCF consideró que las razones en favor o en contra de los métodos de acceso no eran evidentes, puesto que existían argumentos a favor y en contra de

¹⁶² En el asunto sobre las retribuciones de los funcionarios el TCF afirmó que «un límite al ejercicio de la competencia del Estado federal -hacia el *Bund* y los *Länder*- se deriva del principio constitucional no escrito de la *Bundesrechte*. Cuando el efecto de una disposición legislativa no se limita al ámbito de un *Land*, el legislador debe tener en cuenta los intereses del *Bund* y los otros *Länder*. Al regular el tratamiento retributivo de sus propios funcionarios, los *Länder* deben tener presente que, a pesar de la autonomía financiera reconocida por el art. 109 LF, el régimen fiscal tiene en la Federación un tratamiento inescindible (...)» (*BVerGE* 4, 115, 140).

¹⁶³ *BVerGE*, I, 199, 310.

¹⁶⁴ *BVerGE*, 43, 291.

¹⁶⁵ «mit hinreichenden Sicherheit Konkretisieren lassen» (*Ibidem*, 349).

la política de la Federación y la legislación federal admitía ciertos correctivos al método basado en la población ¹⁶⁶.

En suma, los requisitos que exige el TCF para que se produzca una violación de la lealtad federal son bastante estrictos y sólo de forma excepcional una actuación de la Federación o de los Estados federados será considerada contraria a la lealtad federal.

C) La referencia a la *Bundestreue* con el fin de «suavizar» la atribución de una competencia

En el marco de un conflicto de competencias, el TCF ha utilizado la lealtad federal para moderar o limitar en cierta medida la atribución de una determinada competencia, haciendo mención de que el titular debe ejercerla de un modo conforme con la lealtad federal. Como señala A. JIMÉNEZ BLANCO, sirve «como criterio corrector de la conclusión alcanzada por la aplicación automática de los criterios constitucionales de distribución de competencias» ¹⁶⁷. No obstante, es dudoso que pueda llegar a afirmarse que corrige o modifica la decisión sobre la atribución de competencias. Evidentemente, no obliga a su titular a ejercerla en común, o a permitir la participación de la otra parte; la colaboración resultará siempre voluntaria. Por otro lado, el ejercicio de las competencias de acuerdo con la lealtad federal es un criterio aplicable con carácter general al ejercicio de cualquier competencia de la Federación y de los Estados federados, por lo que en principio esta remisión podría considerarse irrelevante. Sin embargo, aun cuando jurídicamente no modifique la competencia atribuida a la Federación o al Estado federado, predispone a la utilización correcta de las competencias y desde este limitado punto de vista sí podría hablarse, en último extremo, de una especie de compensación dirigida a la parte que ha visto rechazadas sus pretensiones.

En la Sentencia de 10 de diciembre de 1953, de la «paga de Navidad» ¹⁶⁸, la Federación impugnaba la constitucionalidad y solicitó la suspensión cautelar de determinadas disposiciones adoptadas por los Estados de Baviera y de Hesse, en las que se preveía la entrega de determinadas gratificaciones de

¹⁶⁶ El TCF afirmó que «la constatación por el Tribunal Constitucional de una infracción del principio constitucional de la lealtad federal exige que el comportamiento que se imputa a un miembro del Estado federal pueda concretarse con seguridad. El principio de fidelidad federal es una medida general (...)» (*Ibidem*, 349) («Die Feststellung eines Verstosses gegen dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens durch das Bundesverfassungsgericht setzt indessen voraus, dass die Anforderungen, die der Grundsatz im Einzelfalle an das Verhalten eines Partners richtet, sich mit hinreichender Sicherheit Konkretisieren lassen. Der Grundstaz enthält einen allgemeinen Massstab, der es für sich allein nicht ermöglicht, die rechtliche Tragweite geringfügiger Differenzen zwischen den in Betracht kommenden Lösungen zu beurteilen.»).

¹⁶⁷ *Op. cit.*, p. 105. Sobre esta función de la lealtad federal puede consultarse P. M. BLAIR, *op. cit.*, pp. 201 y ss.

¹⁶⁸ *BVerGE*, 3, 52, 57.

Navidad a sus funcionarios¹⁶⁹. El TCF aceptó, en principio, la competencia de los *Länder* para conceder este tipo de gratificaciones, en virtud de la autonomía financiera derivada del propio principio federal; pero matizó que la lealtad federal les obligaba a tener en cuenta, a la hora de entregar estas gratificaciones, la situación financiera conjunta en la que se insertaban los *Länder* y del *Bund*, que quizá les impidiese conceder esta prima¹⁷⁰.

El TCF se pronunció de igual manera en el asunto del «incremento de las retribuciones de los funcionarios del *Land* de Renania del Norte-Westfalia»¹⁷¹, que planteaba la misma cuestión de forma más general y puso de relieve con más detalle la limitación de la discrecionalidad de los Estados federados. En esta ocasión, el TCF se enfrentaba a la constitucionalidad de una legislación básica federal que limitaba las retribuciones de los funcionarios de los *Länder* y las equiparaba con las de los funcionarios federales. De nuevo, el Tribunal aceptó las alegaciones de los Estados federados, y declaró su competencia para fijar de forma autónoma las remuneraciones de sus funcionarios. El TCF consideró que la completa uniformidad, que preconizaba el Estado federal, era contraria a la propia esencia del Estado federal. No obstante, en el ejercicio de esta competencia, los *Länder* debían tener en cuenta la repercusión que pudieran tener sus actuaciones en la «estructura financiera conjunta» existente entre el *Bund* y los *Länder*, en la que se integraban sus presupuestos. Además, los Estados federados no sólo deberán tener en cuenta la repercusión financiera aislada de la medida, sino la posible generalización, por efecto del «mimetismo», o la insatisfacción que podía producir en los funcionarios de los otros *Länder* o de la Federación. La infracción de la lealtad federal debía resultaba sólo si el legislador federal ha-

¹⁶⁹ El Tribunal Constitucional español también se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de diversas disposiciones de las Comunidades Autónomas que incrementaban las retribuciones de sus funcionarios. La premisa sobre la que parte su razonamiento se basa en la competencia del Estado para adoptar topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones, dirigidas al control del gasto público y adoptadas en función de la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (art. 149.1.13 de la CE); esta posibilidad no permite, sin embargo, limitar las retribuciones de cada una de las personas afectadas, puesto que sería contrario a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas en su manifestación de la capacidad de gasto, sino sólo el volumen global (STC, 171/1996, de 30 de octubre, FJ, 3; STC, 63/1986, FJ 11; STC 96/1990, FJ. 3). A. JIMÉNEZ BLANCO destacó que el TC español perdió la oportunidad de pronunciarse en el mismo sentido que el TCF alemán (*op. cit.*, p. 251). La interpretación de nuestro TC es harto limitada, puesto que sólo considera el efecto aislado de la medida de la Comunidad Autónoma y no el efecto total que sobre la estructura financiera podría producir la generalización de la medida, en especial en una etapa de reducción del gasto público. La falta de repercusión general se ve, sin embargo, garantizada en el sistema español por la potestad del Estado de limitar con carácter global el incremento de las retribuciones de los funcionarios de las Comunidades Autónomas.

¹⁷⁰ *BVerGE*, «Asunto de la paga de Navidad», 3, 52, 57.

¹⁷¹ *BVerGE*, 4, 115. En esta Sentencia de 1 de diciembre de 1954 el TCF consideraba si una disposición del Estado de Renania del Norte-Westfalia era contraria a una normativa federal, según la cual los funcionarios y los jueces de los Estados federados no podían tener una retribución superior a la de los del Estado federal.

bía «abusado de forma evidente de los límites máximos de su discrecionalidad», lo que no se producía en este supuesto ¹⁷².

Como puede apreciarse, en ambos pronunciamientos la *Bundestreue* condicionó el ejercicio de una competencia atribuida formalmente a los *Länder*, y que debían ejercer teniendo en cuenta las repercusiones que producen sus actuaciones en el sistema federal ¹⁷³.

Además de las funciones preventivas a las que se ha hecho referencia, la Federación o los Estados federados pueden impugnar las medidas adoptadas por los titulares de la competencia y el TCF, sin limitarse a una declaración retórica o declarativa, podría anularlas por haber infringido las exigencias derivadas de la lealtad federal.

El principio de la *Bundestreue* sirve, por otra parte, para determinar el sentido de las normas constitucionales, aspecto al que ya se refería, como se ha comprobado, la doctrina de R. SMEND.

IX. LA LEALTAD FEDERAL Y EL PRINCIPIO FEDERAL

En jurisprudencia reiterada el TCF ha declarado que «el principio constitucional federal tiene como consecuencia la obligación jurídica del *Bund* y sus miembros, vigente en el Estado federal, de un comportamiento favorable a la federación» ¹⁷⁴. No obstante, el TCF no explica cuáles son las razones de este vínculo ¹⁷⁵. De igual modo, buena parte de la doctrina considera que se trata de una realidad «evidente» y que no requiere de mayores precisiones. En apariencia, pues, la conexión entre la lealtad federal y el principio federal sería una consecuencia necesaria de la propia «naturaleza de las cosas» y se convertiría en un axioma o un postulado, que por definición es una verdad evidente e indemostrable ¹⁷⁶.

¹⁷² «wenn er Landesgesetzgeber seiner Freiheit offenbar missbraucht hätte» (*Ibidem*, 140).

¹⁷³ En la decisión sobre «las retribuciones de los jueces de Hesse» de 15 de noviembre de 1971, el TCF afirmó, por una parte, la competencia del *Land* para regular las retribuciones de los jueces de forma independiente de las del resto de los funcionarios, y reafirmó que la adopción de esta ley no afectaba al principio de lealtad federal. Pero no se refirió a la interdependencia financiera de todos los componentes del sistema federal, ni a la posible disminución en el rendimiento de los funcionarios que no recibían este incremento, elementos en los que había hecho hincapié anteriormente, sino en la independencia de que disfrutaban en principio los *Länder* dentro sus competencias, así como en la circunstancia de que la Federación había previsto una disposición similar, aunque su adopción se había pospuesto. En consecuencia, afirmó que los intereses de la Federación y de los otros Estados federados no estaban afectados por la legislación estatal (*BVerGE*, 32, 199, 209). P. M. BLAIR critica que el TCF pudiera basarse en consideraciones políticas, como la coincidencia de la legislación impugnada con un proyecto de reforma de la Federación, y destaca que hubiera debido limitar el ejercicio de la competencia formalmente atribuida al *Land* (*op. cit.*, pp. 192 y ss).

¹⁷⁴ *BVerGE*, 1, 299, 315.

¹⁷⁵ Así lo considera A. BLECKMANN, *loc. cit.*, p. 901.

¹⁷⁶ En general, la doctrina acepta prácticamente sin necesidad de justificación la necesidad y la importancia de este principio en el ordenamiento constitucional alemán. Buena muestra son las palabras

Sin embargo, no faltan críticas doctrinales a la afirmación básica que vincula la lealtad federal con el principio federal, entre las que destacan las vertidas por H. HESSE en su obra *El Estado federal unitario*¹⁷⁷ y que ha mantenido en sus principios fundamentales posteriormente¹⁷⁸. Este autor considera que el propio concepto de «principio federal» resulta de difícil definición; no existiría un único modelo de Estado federal sino una serie de Estados federados «con determinados caracteres propios y una realidad histórica, política y cultural distinta»¹⁷⁹. Con respecto a la lealtad federal sostiene que si la lealtad federal «fuera inmanente a la esencia del Estado federal debería existir también en los otros Estados federados, sin que este sea el caso, especialmente, de Suiza y Estados Unidos»¹⁸⁰.

En forma más matizada, H. BAUER reconoce que existen en otros Estados federales institutos «paralelos» o similares a la lealtad federal, pero estas analogías serían parciales e incompletas¹⁸¹ y, por otra parte, considera que la lealtad federal está condicionada por el desarrollo histórico del federalismo alemán y por sus rasgos políticos y culturales propios.

del antiguo Presidente del TCF, E. Benda, quien señaló que «Todos —el *Bund*, los *Länder* y éstos entre sí— son partes del conjunto. No deben encontrarse en oposición, sino en cooperación y esta idea es tan evidente que no requiere su prueba («Dieser Gedanke ist so selbstverständlich, dass er an sich keiner Betonung Bedarf») («Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *Probleme des Föderalismus*, *op. cit.*, p. 79).

¹⁷⁷ K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1962, pp. 5 y ss. El título de esta obra refleja una aparente contradicción al relacionar el Estado unitario con el federal, que no es tal si se tiene en cuenta el significado que atribuye este autor a esta expresión: no se trata de una centralización sino de una «tendencia hacia la uniformidad», sobre todo a través de técnicas voluntarias de armonización acordadas por los Estados (sobre el significado de esta obra, E. ALBERTÍ ROVIRA, *op. cit.*, pp. 256 y ss.; P. M. BLAIR, *op. cit.*, p. 204; H. BAÜERN, *op. cit.*, p. 159).

¹⁷⁸ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 18 ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1991, pp. 90 y ss.

¹⁷⁹ Esta afirmación es unánimemente aceptada por la doctrina, *vid.* P. HÄBERLE, «Problemi attuali el federalismo tedesco» en *Federalismo y regionalismo en Europa*, pp. 107-163. A pesar de que se produjeran variaciones nacionales y peculiaridades histórico culturales, pueden identificarse ciertos caracteres del Estado federal. Como destaca HÄBERLE, «le varianti a livello nazionale sono numerose» (*Ibidem*, p. 119). Sobre estos rasgos generales, sobre los que existe amplio consenso, J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, «El Estado federal asimétrico y el fin del Estado» en *El Estado de las autonomías*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 49-62.

¹⁸⁰ «Als dem «Wessen» des Bundesstaates immanent müsste der Grundsatz auch dem ausländischen Bundesstaatsrecht geläufig sein. Das ist aber, jedenfalls für die Schweiz und die USA, bezeichnenderweise nicht der Fall» (*Der unitarische Bundesstaat*, *op. cit.*, p. 9, en la nota a pie 44). Asimismo, destaca la inadecuación del concepto de pacto federal y la inseguridad en que se sitúan las relaciones entre la Federación y los Estados federados (*Ibidem*).

¹⁸¹ En primer lugar, H. BAUER considera que estos principios no tendrían la importancia de la lealtad federal en el sistema constitucional alemán, presentándose en un lugar secundario dentro de su propia estructura federal. Además, tampoco aparecen los rasgos jurídicos propios de la lealtad federal, sobre todo porque no serían capaces de desplegar por sí mismos consecuencias jurídicas propias a menos que no hayan sido concretados previamente (*op. cit.*, pp. 18 y ss.). De la misma forma, pueden encontrarse analogías en el propio ordenamiento internacional, en la organización administrativa, en las relaciones entre los órganos estatales constitucionales y, por último, un «paralelismo muy marcado» entre la lealtad federal y el principio de lealtad comunitario (sobre este último aspecto, *op. cit.*, pp. 210 y ss.). A pesar de todo, H. BAUER cuestiona la afirmación relativa a la inexistencia de lealtad federal en el ordenamiento constitucional de los Estados Unidos o la Confederación Suiza (*op. cit.*, p. 19).

Con independencia de que estén o no fundadas, se pone al menos de relieve la necesidad de desarrollar con más detalle el fundamento que encuentra la lealtad federal dentro del principio federal, una cuestión de gran interés a la hora de determinar si es un elemento propio del ordenamiento constitucional alemán o resulta aplicable como tal y en sus rasgos esenciales a otros sistemas federales. La lealtad federal no es simplemente un postulado o axioma, sino que es posible argumentar la necesidad de la lealtad federal dentro del Estado federal.

Como se comprobará, las razones que justifican la existencia de la lealtad federal resultan aplicables a cualquier Estado federal e incluso a cualquier estructura descentralizada¹⁸². Es por ello inadecuado considerar que en sus caracteres generales la *Bundestreue* sea un concepto específico del ordenamiento alemán. No obstante, resulta evidente que la lealtad federal, a pesar de conservar un núcleo común, no presenta en todos los ordenamientos ni los mismos caracteres jurídicos ni la misma importancia.

1. *La lealtad federal y el riesgo de desintegración del Estado federal*

Como se sabe, dentro de un Estado federal coexisten dos fuerzas contrarias que le impulsan, bien hacia la centralización en un Estado unitario, bien hacia la separación de sus componentes en Estados soberanos independientes.

En su monografía sobre la lealtad federal, H. W. BAYER destacó que la lealtad federal facilita la continuidad del orden federal, «cuya existencia y permanencia en el tiempo depende del equilibrio entre estas fuerzas centrífugas y centrípetas»¹⁸³. Evidentemente, la lealtad federal no hace desaparecer las tensiones existentes en un Estado federal, pero las suaviza y, en definitiva, se convierte en un instrumento estabilizador.

¹⁸² La distinción entre el Estado federal y la Confederación se desarrolló por la dogmática del siglo pasado sobre todo a través de la delimitación de la soberanía. Los Estados miembros de una Confederación conservaban íntegra su soberanía y sus relaciones se regían por el Derecho internacional, mientras que el Estado federal creaba una unión política nueva con unos órganos centrales separados de los Estados miembros y capaces de desarrollar políticas autónomas. Para una distinción entre los conceptos de Confederación y Estado federal y las diversas teorías, M. GARCÍA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1991, pp. 205 y ss.; así como en sus *Obras completas I*, Madrid, 1991, pp. 407 y ss.; también puede consultarse A. LA PERGOLA, *Los nuevos senderos del federalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, *passim*; A. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 18. Es bien conocido que Kelsen negó que existiese una diferencia cualitativa. Esta aparente indiferenciación se ha traspasado en gran medida a la doctrina que estudia el modelo de Estado español (*vid.* como expresión de una posición prácticamente general, P. SANTOLAYA MACHETTI, que señala que «las diferencias entre una forma de realización de la centralización-descentralización llamada «federal» y otra llamada «regional», sería en último análisis una diferencia cuantitativa y no cualitativa», *op. cit.*, p. 21).

¹⁸³ H. W. BAYER, *op. cit.*, p. 43; este autor destaca que la *Bundestreue* debe crear un equilibrio allí donde una de las fuerzas existentes en el Estado federal se impone sobre la otra y con ello el delicado sistema constitucional de contrapesos amenaza con romperse» (*Ibidem*, p. 103). En el mismo sentido, A. JIMÉNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 103; S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, Civitas, Madrid, 1982, p. 185.

A través de la lealtad federal se evita el peligro que para la estructura federal puede tener un Estado central fuerte, con una tendencia a la centralización, o unas entidades autónomas que pretendiesen la secesión¹⁸⁴. La Federación y los Estados federados deberán tener en cuenta los intereses del conjunto y esta necesidad proporciona un contrapeso a las tendencias disgregadoras y favorece a la parte más débil¹⁸⁵. En definitiva, obliga a los Estados y a la Federación a tener en cuenta la existencia y los intereses del conjunto y de los Estados federados.

FUSS ha considerado exagerado afirmar que la lealtad federal sea un principio sin el cual un Estado federal no pueda subsistir¹⁸⁶. Esta argumentación parece apropiada en el contexto de sistemas consolidados, donde es improbable el riesgo de disolución del Estado federal¹⁸⁷; pero, como destaca C. J. FRIEDRICH, y constituye una realidad trágica, no es una posibilidad remota en los Estados federados y, en cualquier caso, se trata de un elemento integrador de los componentes del Estado federal¹⁸⁸.

Esta función se puede aplicar asimismo a las Confederaciones, regidas por el Derecho internacional, y que disponían de un ordenamiento autónomo situado dentro del ordenamiento internacional¹⁸⁹.

¹⁸⁴ La obligación de negociación adquiere un contenido especialmente relevante en los supuestos en los que se encuentra en peligro el propio mantenimiento del Estado federal, como muestra el pronunciamiento del Tribunal Supremo canadiense (Tribunal Supremo Canadiense, Reference re Secession of Quebec). Esta obligación se dirige a ambas partes y les exige que «negotiations would be necessary to address the interests of the federal government of Quebec and the other provinces, and other participants, as well as the rights of all Canadians both within and outside Quebec» (apart. 92), aunque no está sometida a un control jurisdiccional en tanto que «the distinction between the strong defence of legitimate interests and the taking of position which, in fact, ignore the legitimate interests of others is some that also defies legal analysis» (apart. 100). Sobre el contexto constitucional y político de este pronunciamiento, *vid.* J. WOEHLING, «L'évolution constitutionnelle au Canada depuis le référendum de 1995 sur la souveraineté du Québec», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, vol. 46 (1998), pp. 527-549. *Vid.*, asimismo, G. MARCHILDON y E. MAXWELL, «Quebec's right of secession under Canadian and international law», *VJIL*, 1992, pp. 583-623; así como la situación después del referéndum de octubre de 1995 y la decisión del TS de 20 de agosto de 1998, J. WOEHLING, *Crónica, RFDC*, 1998, pp. 820-828.

¹⁸⁵ Esta argumentación es aplicable, según destaca H. W. BAYER, a un Estado confederal, en cuyo seno también se encuentran elementos federales y centralizadores, aunque con mayor relevancia de los elementos centrífugos (*op. cit.*, p. 43).

¹⁸⁶ Esta afirmación es coherente con su crítica general a la propia existencia del concepto de lealtad federal, puesta de relieve en E. W. FUSS, «Die Bundestreue-ein unentberhrlicher Rechtsbegriff? Gedanken zu der Abhandlung von H. W. Bayer», *DöV*, 1964, p. 40.

¹⁸⁷ En efecto, no parece posible en el sistema alemán un proceso de desintegración, y tampoco parece probable, a pesar de la tendencia centralizadora, que desaparezca el principio federal, uno de los principios estructurales del ordenamiento y que cuenta con una protección constitucional reforzada. A pesar de todo, el carácter dinámico del proceso federal producirá una tendencia más o menos marcada en la evolución del sistema.

¹⁸⁸ Como destaca C. J. FRIEDRICH, «Unless there exists what we have earlier in our analysis called the «federal spirit», (...) a federal order cannot last» (*Trends of Federalism in theory and practice*, Frederick A. Praeger, New York, 1968, p. 175).

¹⁸⁹ C. STEPHANOU, *Réformes et mutations de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 20; V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, París, 1974, pp. 35 y ss. En la Constitución suiza se mantiene la referencia a la Confederación sólo desde un punto de vista formal, *vid.* A. M. BARRENA, *El federalismo en Suiza*, vol. 1, Madrid, 1970.

Sin embargo, en la práctica fue un modelo inestable y en función de que la estructura confederal no disponía de la suficiente autonomía, impidió el ejercicio de sus competencias, y en particular el establecimiento de un mercado interior, obstaculizado por las numerosas medidas adoptadas por los Estados miembros en interés propio y que impedían el comercio entre los Estados ¹⁹⁰.

2. *La lealtad federal y el necesario funcionamiento «unitario» o armónico de la estructura federal. La referencia al «sistema» federal*

La función de evitar la desintegración del Estado federal debe complementarse con una apreciación de la utilización «diaria» de la lealtad federal en el funcionamiento cotidiano y adecuado del Estado federal, que permite una actuación eficiente y armónica, en cierto modo implícita en la necesidad de mantener el Estado federal.

Como destaca E. GONZÁLEZ ENCINAR, todo Estado es «unitario» en cuanto que se identifique esta cualidad con una «tendencia a la unidad», sin la cual no existiría la mínima «unidad de decisión y de acción» que resulta imprescindible para la existencia de una unidad política ¹⁹¹. La lealtad federal mantendría el equilibrio entre la unidad de todos los componentes del Estado federal y aseguraría su actuación coherente, aun contando la salvaguarda de la autonomía de los Estados federados.

En ocasiones, el TCF ha utilizado la terminología de la teoría de los sistemas, aunque quizá bastante menos que en nuestro TC, y ha afirmado que la lealtad federal es un instrumento necesario para lograr un correcto funcionamiento del sistema federal ¹⁹². La alusión al concepto de sistema indi-

¹⁹⁰ Sobre las razones y los actores económicos que propiciaron la adopción de la Constitución federal y la importancia que tiene la proclamación de los derechos fundamentales de la propiedad privada, vid. C. A. BEARD, *Una interpretación económica de la Constitución de los Estados Unidos*, Arayu, Buenos Aires, 1953; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La delimitación de competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980.

¹⁹¹ E. GONZÁLEZ ENCINAR, *El Estado unitario-federal*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 58. Desde otro punto de vista, K. HESSE mantiene que en el Estado federal alemán se está produciendo una disminución de las particularidades regionales en beneficio de una actuación unificada de todos los *Länder*; ahora bien, esta tendencia debe distinguirse de una centralización, en cuanto que precisamente esta actuación es común de los *Länder*, si bien es cierto que limita el ejercicio de sus competencias, evita la asunción por parte de la Federación de competencias presentes en determinadas materias que requieren, por sus circunstancias especiales, una reglamentación común en todo el Estado federal (K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, op. cit., *passim*). De forma particularmente clara R. SMEND señaló que «a pesar de la separación existente entre las dos tendencias —y que se revela entre otras cosas en la existencia de partidarios de una u otra—, la razón de ser del Estado federal no consiste en amalgamarlas como si se tratase de dos fuerzas hostiles, o de ligarlas en lo externo mediante un pacto, sino que consiste en representar la unidad vital de ambas en virtud de una necesidad intrínseca.» (*Constitución y Derecho constitucional*, CEC. Madrid, 1985, p. 178).

¹⁹² F. TOMÁS Y VALIENTE puso de relieve que el TC español «emplea con relativa frecuencia este lenguaje de la teoría de los sistemas» («El Tribunal Constitucional y la Organización territorial del Estado», en *Organización territorial del Estado*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca 1991, p. 114).

ca que dentro de la Federación existe una relación de complementariedad entre el todo y sus partes, de forma que el conjunto sólo podrá funcionar correctamente si cada uno de los componentes toma conciencia de la necesidad de hacer compatible el ejercicio autónomo de sus competencias con la imprescindible «unidad de actuación» que es reflejo de la pertenencia a una misma estructura.

3. *La protección de los intereses de los particulares: referencia última de la obligación de lealtad*

La lealtad federal se puede vincular con la función que actualmente y con carácter general se atribuye al Estado federal. Como se sabe, la estructura federal no tiene por objeto proteger la existencia de los Estados integrantes de la Federación, ni constituye exclusivamente un expediente técnico que permita lograr una mayor eficacia en su actuación, sino que se dirige a proteger los derechos y la libertad de los particulares a través de la creación de una nueva división vertical de poderes.

Los particulares no comprenderían y por consiguiente no estaría legitimada una división de poderes en la cual se produjesen actuaciones contradictorias o desconsideradas.

Por último, es también preciso destacar la necesidad de una adecuada cooperación entre las administraciones de la Federación y de los Estados federados. Como se sabe, los ciudadanos reciben de forma directa la actuación de la administración, órgano servicial del Estado que les afecta en numerosos aspectos de su vida. Por ello, la exigencia de cooperación entre las administraciones de la Federación y de los Estados federados es un aspecto de la lealtad federal de particular importancia ¹⁹³.

4. *La lealtad federal y los rasgos esenciales que identifican a los Estados federados*

La lealtad federal obliga a la Federación a no adoptar medidas que priven de sus rasgos esenciales a los Estados federados y garantiza su autonomía. Este aspecto de la lealtad federal no es más que una aplicación particular de la necesidad de evitar la desintegración del Estado federal, que

A modo de ejemplo, *vid.* STC, 27/1987, FJ 2; asimismo, STC, 32/1981, FJ 5. M. GARCÍA PELAYO había señalado la relevancia de este concepto (*Los mitos políticos*, Alianza, Madrid, 1981, p. 29). La teoría de los sistemas fue elaborada como explicación de los sistemas sociales y políticos y busca en ellos caracteres comunes, identificando un todo distinto de las partes que lo componen. Para una crítica de esta teoría, *vid.* R. GARCÍA COTARELO, *Crítica de la teoría de sistemas*, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1979; A. BÜLLESBACH, «Enfoques de teoría de sistemas» en A. KAUFMANN; W. HASSEMER (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, pp. 311-332. Sobre la teoría de los sistemas y la contraposición entre «behaviourismo» y análisis sistémico, puede consultarse C. del ARENAL, *Introducción a las relaciones internacionales*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1990, pp. 213 y ss.

¹⁹³ *Vid.* H. BAUER, *op. cit.*, p. 296.

se mantendría exclusivamente en un plano formal si se eliminaran determinadas condiciones esenciales de los Estados federados.

Admitido con carácter general este límite a la actuación de la Federación, no resulta sin embargo fácil concretar en qué se traduce, puesto que las funciones que desempeñan los Estados no son rígidas y dependen en gran medida del contexto político y social de cada Estado. La identificación de cuáles sean estos rasgos no resulta fácil y presenta caracteres difusos¹⁹⁴. Evidentemente, impediría una modificación del orden competencial que eliminase las competencias esenciales que caracterizan a los Estados como unidades políticas autónomas. Existirían, además, ciertos ámbitos restringidos en los que no podría intervenir la Federación por responder a un rasgo esencial de la definición de un poder autónomo, como pueda ser la organización interna. En términos generales, es necesario pues mantener un mínimo de competencias en los Estados federados y no es posible adoptar medidas que afecten a un cierto «reducto» de soberanía, exento del poder de la Federación.

A pesar de que el reparto rígido de las competencias impide en gran medida el riesgo de que la Federación menoscabe la estructura estatal de los Estados federados, se ha puesto de relieve en la jurisprudencia del TCF la necesidad de respetar ciertos límites en la actuación de la Federación.

En concreto, en una serie de asuntos ha precisado la libre disposición de los Estados federados sobre sus funcionarios y sobre sus retribuciones. Asimismo, también se puede hacer referencia en este contexto a la necesidad de que la Federación respete en sus relaciones con los Estados federados su condición estatal y *similar status*, lo que le lleva, en consecuencia, a impedir la negociación con los *Länder* cuyo Gobierno sea de su mismo partido político, dividiendo a los *Länder* y conduciéndoles a una política de hechos consumados.

Por último, se debe señalar que los *Länder* también han invocado el peligro que para su cualidad estatal supone el aumento de las competencias comunitarias, argumentación que parece fuera de la realidad.

En el ámbito de las relaciones con la Comunidad Europea, se puede resaltar su vinculación de forma desafortunada con el principio de colaboración comunitario. En efecto, el TCF ha declarado en el asunto sobre la «directiva de la televisión» que la Federación está obligada por la lealtad federal a defender los intereses de los Estados federados ante las Instituciones comunitarias, en una especie de representación fiduciaria de los intereses ajenos.

¹⁹⁴ En el asunto sobre la adaptación de los salarios de Hesse, el TCF consideró que la prohibición de afectar a la división de la Federación en *Länder* incluía, en tanto que se trataba de mantener un núcleo de soberanía, la disposición sobre la organización de los funcionarios, por lo que la Federación debía respetar la competencia del *Land* para crear su organización y reformarla, así como fijar sus retribuciones (*BVerGE*, 34, 9). Del mismo modo, esta preocupación aparece en las alegaciones del Gobierno de Hesse en el asunto de las emisiones de radiodifusión, sobre las que no se pronunció el TCF, y que se referían a que la medida estatal sometía a imposición indirectamente al *Land*, *vid.* P. M. BLAIR, *op. cit.*, p. 189.

El aspecto más discutible de este pronunciamiento se deriva de la utilización instrumental que hace el TCF del principio de colaboración comunitario, y que le lleva a afirmar que las Instituciones de la Comunidad están obligadas por el principio de colaboración comunitario a no adoptar ninguna disposición que fuese contraria a los principios constitucionales de los Estados miembros. Esta concreción del principio de colaboración no figura en la jurisprudencia del TJCE y es dudoso que se acomode a la finalidad que el TJCE ha otorgado a este principio.

X. CONSIDERACIONES FINALES: LA LEALTAD FEDERAL EN EL CONTEXTO DEL FEDERALISMO ALEMÁN

Los rasgos definitorios y la función de la lealtad federal se encuentran «sólidamente asentados» en la jurisprudencia y en la doctrina constitucional. Asimismo, se admite en general de forma pacífica su importancia; incluso un autor crítico con este concepto como K. HESSE la considera el elemento más característico del orden federal¹⁹⁵ y es especialmente descriptiva la opinión de STERN para quien se trata de uno de los «elementos acuñados» o soportes (*Bestandteil*) de todo el ordenamiento federal¹⁹⁶. De hecho, lo que se plantea es si presenta una importancia práctica mayor o menor que el propio principio federal¹⁹⁷, que a su vez es uno de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional alemán¹⁹⁸. Sin entrar en esta controversia, es evidente que las obligaciones concretas que se deducen de este principio son de mayor alcance que las del propio principio federal.

¹⁹⁵ Para K. HESSE, la lealtad federal tiene, a pesar de las profundas críticas a las que la sometió, importancia fundamental en el ordenamiento constitucional (*Der unitarische Bundesstaat... op. cit.*, pp. 7 y ss.).

¹⁹⁶ K STERN recoge la opinión de diversos autores cuando afirma que «Auch die Lehre hält ganz überwiegend aus Prinzip des bundesfreundlichen Verhaltens als einem prägenden Bestandteil der bundesstaatlichen Ordnung fest» (*Das Staatsrecht... op. cit.*, p. 545) («También la doctrina considera de forma general al principio de lealtad federal como el más relevante apoyo del sistema federal»).

¹⁹⁷ Es ya antiguo el debate relativo a la mayor o menor importancia del principio federal con respecto a la lealtad federal. El antiguo Presidente del TCF, E. BENDA, consideraba un tanto exagerado afirmar que el principio de lealtad posee mayor relevancia que el principio federal («Föderalismus in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en *Probleme des Föderalismus*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1985, p. 71). En cambio, según W. GEIGERS, «el principio de la lealtad federal había adquirido a través de la jurisprudencia un significado fundamental, comprensivo, que vincula con más fuerza el orden constitucional, situándose incluso en sus consecuencias prácticas por encima del principio federal» («eine fundamentale, umfassende, das ganze Verfassungsgefüge tiefgreifend gestaltende Bedeutung gewonnen (...) größerer theoretischer und praktischer Bedeutung als das föderalistische Prinzip sei» (*cit.* por K. HESSE, *Die unitarische Bundesstaat, op. cit.*, p. 6; puede consultarse también sobre esta cuestión, P. M. BLAIR, *op. cit.*, pp. 146 y ss.

¹⁹⁸ E. ALBERTÍ ROVIRA los caracteriza como «el conjunto de principios esenciales sobre los que se construye la Constitución» (*op. cit.*, p. 9).

No obstante, no faltan autores que aluden al «mito» o al «teorema» de la lealtad federal, con lo que quieren indicar que la doctrina lo ha valorado de forma desmedida y poco acorde con la realidad. Sin negar su importancia, se intenta situar en sus justos términos la jurisprudencia del TCF sobre este principio. Las decisiones del TCF se limitan a una reducida serie de pronunciamientos, en los que se hace referencia a valores esenciales del ordenamiento federal. Sería excesivo y una especie de exaltación sin fundamento deducir de esta jurisprudencia la afirmación de su carácter central y el rasgo más característico del ordenamiento constitucional alemán ¹⁹⁹.

Con frecuencia, el objetivo de estas críticas más que valorar la relevancia de la lealtad federal es limitar la utilización de este principio por la jurisprudencia. En su versión más extrema se postula que podría o incluso debería suprimirse de los pronunciamientos del TCF, bien por su carácter superfluo y accesorio, que la hace irrelevante en la verdadera decisión del TCF, bien por ser un elemento innecesario en la jurisprudencia que podría sustituirse por otros conceptos como el abuso de derecho o el principio de proporcionalidad ²⁰⁰.

A pesar de que son exageradas, al menos ponen de relieve que la aplicación de la lealtad federal corre el riesgo, precisamente por su carácter general, de perder sustantividad y de inmiscuirse en controversias políticas ²⁰¹. El TCF ha afirmado, por su parte, que la lealtad federal no puede desconocer el reparto de competencias previsto en la LF ni el contenido expreso de las disposiciones constitucionales. Estas precauciones son necesarias si se quiere evitar el peligro de diluir su significado, riesgo, como se ha señalado, al que conduce de forma natural su formulación general y la indeterminación de su contenido ²⁰².

En un sentido amplio, la lealtad federal vendría a reafirmar la legitimidad de las técnicas de ejercicio de forma conjunta o coordinada de las competencias propias del federalismo cooperativo (creación de órganos comunes, ejercicio mancomunado de las competencias, etc.); pero no se debe desconocer su sustantividad. La organización federal se desarrolla en el marco de la Constitución a partir de criterios políticos, sin que se pueda

¹⁹⁹ H. BETHGE en su recensión a la monografía de H. BAUER reconoce que es la obra más amplia hasta el momento sobre la lealtad federal, y destaca que es una obra de referencia necesaria, en la que se desarrollan con precisión las controversias jurídicas; pero critica la falta de atención al carácter cooperativo del federalismo y la importancia desmedida que se atribuye al concepto de lealtad federal, un *neuwagnerianisch* que la sitúa en un lugar demasiado elevado si se la compara con sus efectos prácticos (*NfW*, 1994, p. 180).

²⁰⁰ Las críticas de K. HESSE las expuso en primer lugar en *Der unitarische Bundesstaat*, *op. cit.*, pp. 5 y ss. y se recogen en un tono más suave en sus *Grundzüge des Verfassungsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, p. 90. Para un desarrollo doctrinal completo de las críticas a la lealtad federal, H. BAUER, *op. cit.*, pp. 156 y ss., así como sobre los límites en la utilización de este concepto (*Ibidem*, pp. 178 y ss.).

²⁰¹ *Vid.*, en especial, K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts... op. cit.*, p. 110.

²⁰² H. BAUER, *op. cit.*, p. 263.

controlar jurídicamente si la estructura organizativa del Estado está dispuesta de tal forma que haga posible la cooperación. La estructura federal cooperativa, y los instrumentos en que se manifiesta, son el resultado más de consideraciones políticas que de la plasmación de un deber jurídico previo, aunque tampoco sería descabellado afirmar que el desarrollo del denominado Estado cooperativo ha impulsado a su vez el concepto jurídico de la lealtad federal. En consecuencia, resulta más acorde con la finalidad que posee este concepto en el sistema constitucional reducir la significación de la lealtad federal a la de un principio jurídico general del cual se derivan por el TCF determinados derechos y deberes, sin extender su significación, magnificándola quizá, a la de base de toda la estructura estatal.

PROBLEMAS DE
ACTUALIDAD

