

## ■ Doce reflexiones sobre el actual *Bundesrat* alemán posiblemente válidas para un futuro Senado español

ANTONIO ARROYO GIL

*Letrado de la Fundación Democracia y Gobierno Local.  
Profesor Asociado de Derecho Constitucional  
de la Universidad Autónoma de Madrid*

El propósito del presente trabajo es bien modesto: A partir de una serie de datos (objetivos, en la medida de lo posible) acerca de la composición, organización, funcionamiento y tareas del *Bundesrat* (BR), órgano constitucional de representación territorial en la República Federal de Alemania, realizar unas cuantas reflexiones que, sin prestar especial atención al detalle, sí pongan, al menos, de relieve (o al descubierto) la verdadera naturaleza jurídico-política de esta institución, sus virtualidades como instrumento de integración de las diferencias entre las distintas voluntades en juego (tanto la de la Federación como las de los *Länder*, pero también las de las diversas fuerzas políticas que controlan el gobierno en uno y otro nivel) y de participación de las partes en la construcción de la voluntad del todo.

Es, por tanto, una invitación al debate y a la reflexión, más que un estudio académico en sentido estricto, aunque tampoco se renuncia a esto último, siquiera sea porque este es su *a priori*. Y se trata también de una pequeña contribución, aunque no se mencione expresamente más que en el título que la encabeza, a una ya vieja discusión, en el sentido menos bronco del término, acerca de cómo habrá que configurar nuestro Senado para que algún día acabe respondiendo, sin ambages, a la solemne declaración que de él hace el apartado 1 del artículo 69 de nuestra Norma Fundamental: «El Senado es la Cámara de representación territorial».

Ni que decir tiene que cualquier intento en este sentido casi irremediabilmente pasa por fijar la atención en el BR alemán, tomándolo como modelo de lo que se puede llegar a ser; dado el caso, descartándolo; o, y esto es lo más probable, aunque no siempre lo más sencillo, adoptando determinados elementos que se consideran útiles o provechosos e ignorando otros por entenderlos disfuncionales. De optarse por esta última alternativa el riesgo a soslayar es claro: los órganos que forman parte del ordenamiento jurídico constitucional de un determinado Estado sólo pueden comprenderse adecuadamente en tanto que partes integrantes del entramado institucional, pues es en su rela-

## GARANTÍAS DEL PLURALISMO TERRITORIAL

ción con todos los demás en donde se pone de relieve el alcance verdadero de sus funciones; es por eso que no siempre se pueden tomar, de manera aislada, determinados elementos característicos de ese órgano con la finalidad de «importarlos» a otro ordenamiento jurídico, en el que, frecuentemente, las instituciones del mismo, en su conjunto, responden a equilibrios propios.

En todo caso, sea posible o no, aconsejable o rechazable, llevar a cabo esa «importación», lo que parece claro es que, antes de nada, resulta imprescindible conocer bien el órgano a tomar como modelo, tratando de desbrozar su verdadera naturaleza, los principios a los que responde, llegado el caso, desenmarañando ciertas «incoherencias» internas que pueda encerrar, acudiendo para ello al contraste, frecuentemente revelador, de los principios estructurales que sustentan la arquitectura del Estado en cuestión, en este caso, el Estado social y democrático de Derecho de la República Federal de Alemania. Siquiera sea de modo muy indiciario, a eso se dedican también en parte las siguientes reflexiones. Y a partir de ahí corresponderá al legislador español o, en su caso, al poder constituyente constituido, decidir si, a la luz de todos esos datos y reflexiones, el actual BR alemán es un buen modelo para el futuro Senado español.

\* \* \*

1. *A través del BR, en donde se encuentran representados los gobiernos de los Länder, se posibilita la participación de éstos en la formación de la voluntad federal, en los niveles legislativo y administrativo, así como en los asuntos de la Unión Europea.*

A este respecto, cabría preguntarse, en primer término: ¿Quién es capaz de expresar de mejor manera la voluntad política de un *Land*: su Gobierno o su Parlamento?

Si lo que se pretende es que esa voluntad aúne la mayor variedad posible de sensibilidades, la respuesta, en principio, debe apuntar claramente al Parlamento, dado que es en él en donde se encuentra la representación de todo el pueblo de cada *Land*. Pero entonces habríamos de admitir que esa voluntad no tiene por qué expresarse necesariamente de manera unitaria. Es decir, si un *Land* tiene, por ejemplo cinco votos en el BR, no existe una razón invencible que demande la necesidad de que esos cinco votos se manifiesten en el mismo sentido para que sean válidos, dado que la voluntad de todos los representados en el Parlamento de un *Land* no tiene por qué ser la misma respecto de la cuestión a decidir.

Si, por el contrario, lo que se busca es una voluntad única de cada *Land*, por entender que a nivel federal no deben estar representadas en el BR las diferentes sensibilidades de los ciudadanos, en principio, parece que es el respectivo Gobierno de cada uno de ellos el que se encuentra en mejores condiciones de expresar esa voluntad unívoca, en tanto que órgano al que le corresponde dirigir y ejecutar la política del respectivo *Land*.

No obstante, también cabría imaginar una vía intermedia, un sistema en virtud del cual la voluntad del *Land*, aun cuando debiera expresarse de forma unitaria, no tuviese por qué ser necesariamente responsabilidad del Gobierno respectivo hacerlo. En efecto, un Parlamento también se encuentra en condiciones de tomar decisiones unitarias, a partir del debate de las diferentes posturas en liza. Su maquinaria de funcionamiento podrá ser más pesada (aunque siempre se puede aligerar), pero ello no impide, en efecto, que pueda decidir, en cada momento, cuál es la postura unitaria que adopta ese *Land* en el BR.

La diferencia, desde el punto de vista del resultado, apenas existirá, pues la decisión que adopte la mayoría parlamentaria normalmente coincidirá con la que defiende el gobierno del *Land*. Ya se encargará de ello el/los partido(s) que sostenga(n) a este gobierno y que, por tanto, controle(n) la mayoría de diputados en el Parlamento de *Land*. La gran diferencia se encontrará en que el proceso de adopción de la decisión, más allá de su mayor complejidad, va a permitir un debate más abierto y público, y, en definitiva, más democrático. Algo que, por supuesto, no es baladí, sobre todo, si, como aquí sucede, estamos hablando de la toma de decisiones de carácter legislativo. Dicho en términos más reduccionistas, pero también por ello más diáfanos: Las leyes que se aprobasen en Alemania con la participación inexcusable del BR serían más democráticas si la toma de postura de éste estuviese mediatizada por los Parlamentos de los *Länder* en lugar de por sus Gobiernos, porque, qué duda cabe, los primeros ostentan una mayor legitimación democrática que los segundos.

Son diferentes versiones, con sus pros y sus contras, pero todas ellas deben de ser bien ponderadas, si es que no queremos seguir viviendo en el apacible (pero, en el fondo, inquietante) mundo de las ficciones jurídicas.

## GARANTÍAS DEL PLURALISMO TERRITORIAL

2. *La participación del BR en la aprobación de la legislación federal puede ser imprescindible (leyes necesitadas del asentimiento del BR) o, por el contrario, limitarse al establecimiento de un veto suspensivo que, como tal, después puede ser levantado por la mayoría correspondiente del Bundestag (BT).*

La primera expresa la primacía del principio federal sobre el democrático, por lo que sólo debería ser utilizada excepcionalmente (cuando la regulación de la materia en cuestión tuviese especial relevancia para los *Länder*). Así se lo imaginó el constituyente alemán de 1949, aunque la práctica enseguida se encargó de revelar el error en el que había caído. En efecto, desde muy pronto, como consecuencia, sobre todo, de la jurisprudencia constitucional sobre determinadas disposiciones constitucionales, se puso de relieve cómo las leyes necesitadas del asentimiento del BR eran muchas, hasta el punto de que antes de la reforma de 2006 rondaban el 60% del total de las que se aprobaban en Alemania. Precisamente, según se ha señalado ya, esa reforma perseguía, entre otros, el objetivo de reducir considerablemente ese porcentaje.

Por su parte, en los supuestos en que la participación del BR en la legislación federal se limita al establecimiento de un veto que puede luego ser levantado por el BT, lo que se pone de manifiesto es la primacía del principio democrático sobre el federal, por lo que esta debería ser la regla general.

Que el principio democrático y el federal mantengan cierta tensión es algo inevitable en un Estado políticamente descentralizado en el que se ha de atender no sólo a la representación de los ciudadanos, sino también a la de los territorios. Ahora bien, el fiel de la balanza no se puede inclinar demasiado en una u otra dirección si no se quiere poner en riesgo el equilibrio de esa doble representación. El asunto es especialmente preocupante cuando es el principio democrático el que más sufre en mitad de esa tensión. En Alemania era esto, como acabamos de ver, lo que estaba ocurriendo antes de la reforma constitucional de 2006 como consecuencia de que más de la mitad de las leyes federales precisasen para ser aprobadas contar con el asentimiento del BR.

Una vez más, esta cuestión no sería objeto de debate si el órgano de representación de los *Länder* llamado a contribuir a la formación de la voluntad legislativa federal, el BR, ostentase una legitimación democrática mayor. Principio democrático y principio federal, en definitiva, pueden convivir en una tensión fácilmente soportable cuando los instrumentos a través de los cuales actúa el segundo se encuentran bien permeabilizados por las exigencias aparejadas al primero.

3. *El BR es (junto con el BT, el Presidente Federal, el Gobierno Federal y el Tribunal Constitucional Federal) uno de los órganos especiales a que se refiere el artículo 20.2 GG, a través del cual, por consiguiente, se expresa el poder del Estado (que emana del pueblo).*

Aunque ya se ha apuntado con anterioridad, interesa destacar ahora que de estos cinco órganos constitucionales especiales es el BR, sin duda, el que goza de menor legitimación democrática, dado que, como sabemos, sus miembros son elegidos por los Gobiernos de los *Länder* (los que, a su vez, son elegidos por sus respectivos Parlamentos).

Importancia del poder público que se ejerce y legitimación democrática no deberían ir muy separadas si no se quiere «traicionar» el axioma básico de la teoría de la democracia: todo el poder emana del pueblo. Además, no se debe de perder de vista que en democracia la legitimación auténtica es la de origen, dado que es la única que resulta directamente controlable por aquel del que emana todo el poder público: el pueblo (en el sentido de electorado).

Ejercer poder público en una democracia representativa significa (o debería significar) actuar en lugar del pueblo, manifestando su opinión. Se trata, lógicamente, de una ficción jurídico-política que, si no quiere acabar convertida en una mera «fantasmagoría», conlleva ciertas exigencias, la fundamental de las cuales es que a mayor cercanía entre los representantes y los representados, más fuerte ha de ser el poder de decisión.

A nadie se le escapa que esta regla general admite excepciones, sin entrar ahora a valorar su justificación (que, en buena medida, tiene que ver con una desconfianza ¿razonable? sobre el poder de las mayorías); sea como fuere, lo que tampoco se le debería de escapar a nadie con una mínima sensibilidad democrática es que cuando la excepción comienza a convertirse en regla ha llegado el momento de pararse a reflexionar sobre el conjunto del sistema, su organización y su funcionamiento. Eso fue lo que hicieron (y siguen haciendo) en Alemania con el BR. Sus reflexiones, más allá de los aciertos y errores cometidos, son indudablemente de gran interés para quienes, como nosotros, seguimos dándole vueltas a la forma de hacer realidad la declaración del artículo 69.1 de nuestra Constitución.

## GARANTÍAS DEL PLURALISMO TERRITORIAL

4. *En su vertiente de valedor de los intereses de los Länder, el BR tiene también una participación destacada en los institutos de la supervisión, coerción e intervención federales.*

Parece razonable que las intromisiones en la esfera de actuación de los *Länder* por parte de la Federación (aunque persigan el fin de garantizar la correcta ejecución de las leyes federales por parte de aquéllos; de obligarles, dado el caso, a cumplir con sus deberes constitucionales y/o legales; o de preservar su orden democrático y de libertades), deba contar con la participación, si no de cada *Land*, sí, al menos, del órgano federal en el que se encuentran representados todos ellos. Con esta intervención del BR se garantiza que los intereses de los *Länder*, en su conjunto, quedarán preservados frente a la actuación federal, aunque no el de cada uno de ellos individualmente considerado.

Es este un intento de equilibrar la balanza de intereses de manera clara, pero matizada, a favor de aquellos que representa la Federación, en tanto que Estado global. Se podrá discutir si la intervención del BR es suficiente, en cada caso, para garantizar el respeto a la autonomía de los *Länder*. Desde luego, medidas como éstas buscan o bien preservar los intereses del conjunto del Estado frente a la inobservancia de las obligaciones legales y constitucionales por parte de los *Länder* (supervisión y coerción federales), o bien proteger a éstos de la vulneración de su régimen democrático y de libertades por parte de agentes externos. En cualquiera de los casos, el Gobierno Federal adopta una posición tutelar de los *Länder*, llegando, incluso, a protegerlos frente a sí mismos (en el caso de que no estén dispuestos a hacer frente a esa amenaza de su orden democrático y de libertades).

Se pone aquí de relieve, como en pocos otros lugares, la supremacía de los intereses generales del Estado global sobre los propios de los *Länder*. En casos extremos, son los órganos centrales del Estado los que asumen la responsabilidad máxima para procurar el buen funcionamiento de las instituciones y el correcto cumplimiento de las tareas públicas. Que en la adopción de estas medidas (o en su punto y final) intervenga un órgano constitucional en el que están representados los propios *Länder* no puede sino ser valorado muy positivamente. Es precisamente en este momento en el que se pone de manifiesto muy a las claras que el BR cumple una trascendental función de mediación entre los *Länder* a los que representa y el Estado global en que aquéllos se integran, garantizando la unidad, permanencia y viabilidad de éste, al tiempo que preservando la autonomía de aquéllos, siquiera sea de manera conjunta.

5. *Pese a ser un órgano constitucional en el que se encuentran presentes los enviados de los Gobiernos de los Länder, el BR es un órgano federal.*

Aunque ya ha quedado dicho, conviene insistir en esta idea: El BR, en su actuación, no puede perder de vista ni la perspectiva de *Land* ni la federal. O, dicho de otro modo, corresponde al BR garantizar los intereses de los *Länder* en el seno del Estado global, al tiempo que atender a las necesidades de éste, en tanto que Estado territorialmente compuesto.

Este doble interés que debe defender el BR en su actuación lo coloca en una posición privilegiada como órgano de mediación en el que encontrar soluciones de compromiso a las posturas divergentes de la Federación y los *Länder*. No obstante, mediar conlleva también ciertos riesgos, y uno no menor es que la respuesta adoptada sea insuficiente para dar solución al problema planteado, precisamente a causa de esa necesidad de buscar el acuerdo o compromiso entre todas las partes.

En todo caso, la gran virtualidad del BR es que mediante el mismo los *Länder* dejan de ser meros destinatarios pasivos de las decisiones políticas que se toman en otro nivel de gobierno, para pasar a intervenir, activa y a veces decisivamente, en su conformación. Otra cosa es que, con frecuencia, aquél se limite tan sólo a ser formalmente el medio de expresión de decisiones que han sido ya «cocinadas» por parte de las respectivas burocracias ministeriales de cada *Land*. Es ésta, en efecto, una dinámica muy extendida en virtud de la cual, en el terreno de las grandes decisiones públicas, tiende a haber una clara preponderancia de la burocracia sobre la política, trasunto último de cada vez mayor protagonismo que tienen los ejecutivos en detrimento de las cámaras legislativas (o asimiladas).

6. *La composición del BR no es estrictamente proporcional. De acuerdo con el artículo 51.2 GG, a cada Land le corresponden, como mínimo, tres votos; a los Länder con más de dos millones de habitantes, cuatro votos; a los de más de seis millones, cinco votos; y los que tengan más de siete millones de habitantes, seis votos.*

Con la instauración de este sistema lo que se pretendió fue impedir, por un lado, el predominio absoluto de los *Länder* más poblados sobre los menos poblados, al tiempo que no sobredimensionar, por otra parte, el peso de estos últimos sobre los primeros. Con todo, en términos de resultados políticos, la clave de reparto del número de vo-



## GARANTÍAS DEL PLURALISMO TERRITORIAL

tos prevista en la Ley Fundamental, a pesar de su componente proporcional, favorece a los *Länder* demográficamente más pequeños.

En consecuencia, el principio federal, que, como hemos visto, tanta importancia tiene en el juego de las relaciones entre el BR y el BT cuando de la aprobación de numerosas leyes federales se trata, vuelve a ocupar una posición muy destacada en el seno del propio BR, circunstancia que agudiza, más si cabe, la debilitada situación en que se encuentra el principio democrático en el terreno genuinamente político de la legislación.

En efecto, al encontrarse sobrerrepresentados en número de votos en el BR los *Länder* menos poblados, en el procedimiento legislativo, la aprobación (o no) de una determinada ley puede quedar en manos de un grupo de *Länder* que represente un porcentaje de población muy inferior al que pudiera representar en el BT la mayoría parlamentaria y en el propio BR los *Länder* más poblados, pero incapaces de reunir un número de votos suficiente como para hacer valer su postura.

El caso más llamativo de esta diferencia de representación en el número de votos en el BR es el de la Ciudad-Estado de Bremen, que con menos de setecientos mil habitantes cuenta con tres votos, y el del *Land* de Nordrhein-Westfalen, que con más de dieciocho millones de habitantes, más de veinticinco veces la población de Bremen, cuenta sólo con el doble de votos en el BR (seis).

Como sabemos, un alto porcentaje de leyes federales (alrededor del 60% antes de la reforma constitucional de 2006; y poco menos del 50% a partir de la entrada en vigor de la misma) requieren de la intervención decisiva del BR, lo que, en términos de población, puede significar que una minoría de electores acabe bloqueando la aprobación de la decisión querida por una amplia mayoría. Lógicamente, se podrá contraargumentar que en el BR no se encuentra representado el pueblo, cuyo lugar «natural» de representación se halla en el BT, sino los gobiernos de los *Länder*; no obstante, esta constatación, por muy cierta que sea, tampoco nos puede hacer perder de vista que cuando de la aprobación de leyes federales se trata, es decir, de la adopción de decisiones políticas válidas y aplicables en el conjunto de la República Federal, la voluntad del pueblo, expresada por medio de sus representantes, exige un respeto mínimo a las reglas de la mayoría, hasta el punto de que no resulta osado decir que la misma se ve falseada cuando una minoría, en un porcentaje muy elevado de supuestos, es capaz de impedir o dificultar la adopción de esas decisiones por parte de la mayoría.

En definitiva, los «sacrificios» del principio democrático a favor del federal deben de tener algún límite; límite que no tiene por qué venir únicamente por la vía de reducir la intervención del órgano fe-



derativo en la toma de decisiones de alcance federal, sino también por el camino de hacer más democráticos los instrumentos federales, y, en particular, por lo que aquí nos afecta, el propio BR, su composición y funcionamiento.

7. *Todos los gobiernos de Land, a excepción de uno, se encuentran integrados por coaliciones de distintos partidos políticos. En tres de ellos, esas coaliciones las conforman el principal partido que sustenta al Gobierno Federal, la Unión Cristiano-Demócrata (CDU), y el más importante partido de la oposición a nivel federal, el Partido Social-Demócrata (SPD).*

Como es natural, esto hace más compleja la votación en el BR para los gobiernos de esos *Länder*, sobre todo, cuando ésta se quiera utilizar con la única finalidad de hacer mera política partidista de oposición frente a la mayoría parlamentaria en el BT y, por ende, al Gobierno Federal. Debemos de tener en cuenta, en efecto, que el sistema de votación en el BR obliga a que el voto de cada *Land* sea emitido de forma unitaria (art. 51.3 GG). Esto significa que el Gobierno de cada *Land*, antes de proceder a la votación en el Consejo Federal, debe de haber adoptado un acuerdo acerca del sentido de su voto, lo que puede resultar especialmente complejo en los gobiernos de coalición. La razón de ser de este voto unitario deriva del hecho de que en el BR lo que ha de expresarse es la voluntad de cada *Land*, y no la individual de cada uno de los componentes de aquel (o la del pueblo respectivo).

La consecuencia aparejada a la unidad del voto de cada *Land* es que cuando éste no se emite de manera unitaria el mismo resulta nulo. No obstante, aunque nulos, en realidad, actúan como votos negativos, dada la regla de mayoría contenida en el artículo 52.3 GG, ya que de conformidad con la misma los votos no se computan, como sucede en el BT, teniendo en cuenta sólo los válidamente emitidos, sino todos los que era posible emitir.

Por otro lado, aunque con carácter general se admite la abstención en las votaciones en el Consejo Federal, y dado que los acuerdos han de ser tomados, de conformidad con el artículo 52.3 GG, por mayoría del número total de votos, requiriéndose incluso la mayoría de dos tercios cuando se trate de modificaciones de la Ley Fundamental, en realidad, esas abstenciones cuentan, al igual que los votos emitidos de manera no unitaria, como votos negativos.

De esa necesidad de buscar el acuerdo en el seno de cada gobierno de *Land* sustentado en una coalición de partidos, puede, sin em-

## GARANTÍAS DEL PLURALISMO TERRITORIAL

bargo, también extraerse una lectura positiva: el fomento de la cultura del pacto entre partidos políticos que pugnan por ostentar la hegemonía en los diversos espacios de poder y que, sin embargo, constatan, una y otra vez en los últimos años, que las mayorías absolutas son ya cosa del pasado, debido a la consolidación o aparición de otros partidos, que, al obtener un alto porcentaje de votos, resultan imprescindibles para formar gobierno estable, excluida la opción de la gran coalición entre los dos partidos (aún) mayoritarios: la CDU y el SPD.

Muestra de esta misma cultura del pacto es que, aun cuando en la mayoría de los casos cada Gobierno de *Land* acuerda el sentido en que deben emitirse los votos de su *Land* en el BR, en ocasiones, sin embargo, el gabinete otorga al portavoz del voto del *Land* libertad de decisión, a fin de que pueda coordinarse con los portavoces del voto de otros *Länder*; alcanzar compromisos a través de la mediación o, sencillamente, atender a las nuevas circunstancias que se puedan presentar tras la reunión del gabinete de *Land* en que se había de tomar aquella decisión sobre el sentido del voto.

En todo caso, esta llamada cultura del pacto entre partidos políticos que forman coaliciones de gobierno a nivel de *Land* sólo puede funcionar adecuadamente si en el ejercicio de las funciones de gobierno priman los intereses generales del *Land* sobre los particulares de cada uno de los partidos integrantes de la coalición de gobierno. En este sentido, las votaciones en el BR pueden servir, en ocasiones, para desmembrar, por un lado, la política de gobierno de la política de partido, y, por el otro, para diferenciar los intereses federales de los propios de cada *Land*, que si no siempre tienen por qué ser idénticos, tampoco han de manifestarse ineluctablemente discordantes.

8. *Cuando no sea posible alcanzar el acuerdo entre el BT y el BR en la aprobación de algún proyecto normativo, y antes de dar a éste por fracasado, existe la posibilidad o, según los casos, obligación, de solicitar la reunión de una comisión compuesta por 16 miembros de cada una de estas cámaras (uno por cada Land, en el caso del BR, y en proporción al peso de cada uno de los grupos parlamentarios, en el caso del BT), no sujetos a instrucción alguna de su respectiva Cámara, Land o grupo parlamentario, condición imprescindible para facilitar la búsqueda del compromiso o acuerdo que supere las diferencias de postura: la Comisión de mediación.*

Con independencia de que los acuerdos de esta Comisión de mediación no sean vinculantes para el BT y el BR, lo cierto es que la

misma ha venido a ocupar un lugar muy destacado en el desarrollo de la actividad parlamentaria, dada la frecuente dificultad de obtener las mayorías precisas en el BR. Esto ha motivado que, en ocasiones, los acuerdos o compromisos alcanzados en la Comisión de mediación, después ratificados por el BT y el BR, fueran insuficientes o insatisfactorios para dar una respuesta efectiva a los retos a los que se había de responder.

Por otra parte, desde muy diversas esferas, incluido el Tribunal Constitucional Federal, se le ha criticado también a esta Comisión de mediación la falta de transparencia en sus debates y, en definitiva, toma de decisiones, al reunirse a puerta cerrada, con el consiguiente perjuicio que ello puede traer consigo para el principio democrático, una de cuyas manifestaciones más evidentes radica, precisamente, en la publicidad de los debates parlamentarios. Se pone de relieve aquí, por tanto, una de las manifestaciones más evidentes de eso que se ha dado en llamar «desparlamentarización» de la vida pública, sobre cuyas causas y consecuencias deberíamos realizar una reflexión más profunda, pues, en definitiva, afecta al núcleo duro de la democracia, al menos, tal y como la venimos entendiendo hasta el momento, en su faceta de democracia representativa.

En Alemania, precisamente, la reforma constitucional de 2006 perseguía, en buena medida, este fin de devolver a la cámara típicamente legislativa, el BT, una mayor capacidad de configuración autónoma de las decisiones políticas de alcance federal, en detrimento de la excesiva intervención que había ido adquiriendo con el paso del tiempo el BR y, por derivación, la Comisión de mediación. Sobre ello hemos insistido ya suficientemente, por lo que aquí sólo cabe remitir a lo ya dicho acerca de la posibilidad que se podría abrir para ofrecer una respuesta satisfactoria a esta crítica: la democratización de los instrumentos federales y, en concreto, del BR.

9. *De entre las funciones que cumple el BR destaca, según lo señalado, su participación en el procedimiento de aprobación de la legislación federal. Hasta tal punto tiene importancia esta función que, en opinión de la doctrina científica mayoritaria, la misma se encuentra amparada en el propio artículo 79.3 GG, en virtud del cual queda prohibida cualquier modificación de la Ley Fundamental que afecte a la «participación básica de los Länder en la legislación».*

En efecto, mayoritariamente se viene interpretando este precepto en el sentido de que los *Länder* no sólo tienen reservada una zona pro-

## GARANTÍAS DEL PLURALISMO TERRITORIAL

pia de actuación normativa en la que ejercen sus facultades legislativas de carácter exclusivo, sino que, además, el mismo comprende que, en el campo de la legislación federal, a aquéllos también ha de reconocérseles una facultad de intervención a ejercitar a través del BR. Tanto es así que este derecho de participación en la formación de la voluntad legislativa federal, junto con las demás funciones reconocidas al BR a lo largo de la Ley Fundamental, de manera destacada su intervención en los asuntos europeos, han llevado a parte importante de la doctrina a considerar a este órgano constitucional como un instrumento nuclear para la protección y garantía de la estatalidad de los *Länder*, identificándolo, incluso, como expresión de la misma. Algo que no deja de ser ciertamente paradójico, pues, en definitiva, se vendría a sostener el carácter estatal de una entidad territorial (un *Land*) sobre un órgano constitucional (el BR) que la misma no controla, por mucho que un órgano propio de ella (el gobierno correspondiente) forme parte integrante de aquél.

La estatalidad de una entidad territorial, efectivamente, parece que debe de depender de ella misma, es decir, de su propia configuración constitucional e institucional, pero no de la existencia y actividad de un órgano independiente de ella, sobre cuyo funcionamiento ejerce una mínima capacidad de control. En definitiva, los déficits de estatalidad de los *Länder*, en caso de que existan, no pueden verse suplidos por el BR. Si acaso, éste vendría a complementar la actividad típicamente estatal de aquéllos. No parece, por consiguiente, que la estatalidad de los *Länder* dependa directamente del poder efectivo que ejerzan sus gobiernos en el seno del BR, sino, más bien, del alcance e intensidad del poder que ostentan sus parlamentos. Y, en este sentido, el diagnóstico no puede ser tan optimista.

Un vez más, conviene traer aquí a colación que una de las finalidades principales que se perseguían en Alemania con los intentos de reforma constitucional iniciados a principios de este milenio y que concluyeron, finalmente, con la reforma constitucional de 2006 (y, más tarde, con la de 2009, en lo relativo a las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder*) era precisamente recuperar el protagonismo de los Parlamentos (tanto del Federal como de los de los *Länder*) en la toma de decisiones de contenido político, que se había visto muy mermado a causa de la cada vez mayor presencia de los gobiernos, de uno y otro nivel, en el núcleo decisorio, consecuencia última de eso que se ha dado en llamar, de manera muy expresiva, «democracia de partidos».

10. *A pesar de que en la Ley Fundamental existe una enumeración de las leyes federales cuya aprobación requiere el asentimiento obligatorio del Consejo Federal, en la práctica ese número se ha visto netamente incrementado, como consecuencia, en buena medida, de la interpretación extensiva que se ha realizado de determinados preceptos constitucionales, amparada, en parte, por la propia jurisprudencia constitucional.*

Esta constatación pone de manifiesto la necesidad de que en el texto constitucional queden, en la medida de lo posible, fijados con precisión todos aquellos supuestos en que la intervención (y su alcance) de un órgano de representación territorial debe tener en la aprobación de la legislación federal. A fin de cuentas, una ley no es más (ni menos) que la forma jurídica que adquiere la expresión de la voluntad popular, y a la conformación de ésta no se debería poder concurrir más que cuando así lo preceptuara la propia Constitución.

De nuevo estamos hablando de las reglas fundamentales de la democracia, cuya determinación corresponde establecer a la Norma suprema del ordenamiento jurídico, de manera tan precisa como sea posible, pues lo contrario supone dejar en manos de poderes constituidos decisiones que sólo debería adoptar el poder constituyente. No perdamos de vista que la decisión sobre quién debe concurrir a la aprobación de una ley no es más que la decisión sobre quién debe expresar la voluntad popular, es decir, ejercer poder público al máximo nivel, cuestión constitucional arquetípica.

11. *El BR también tiene una participación destacada en los asuntos europeos. A tal efecto, está constitucionalmente habilitado para crear una Cámara de Europa (Europakammer), con una composición proporcional pero muy reducida, cuyas decisiones serán consideradas como decisiones del propio BR.*

Sin entrar en mayores consideraciones, lo cierto es que la sola existencia de esta Cámaras de Europa viene a poner en entredicho la propia necesidad de un órgano más complejo en su composición y funcionamiento como lo es el BR; porque si para asuntos de tanta trascendencia como los europeos se admite que una Cámara de reducidas dimensiones pueda adoptar decisiones que valen como las propias del BR, ¿para qué es este necesario? A mayor abundamiento, el hecho de que en esta Cámara el voto pueda ser emitido por correo, no deja de constituir una extrañeza a la luz del principio democrático-par-

## GARANTÍAS DEL PLURALISMO TERRITORIAL

lamentario, que, entre otras cosas, demanda una exposición y contraste público de argumentos entre las diferentes partes en liza.

Las razones de fondo que explican y justifican la existencia de un órgano constitucional con funciones trascendentales en los planos legislativo y administrativo pueden quedar, en buena medida, desvirtuadas cuando se acepta que otro órgano que responde en mucha menor medida a los principios organizativos y funcionales del primero, es capaz de adoptar, sin embargo, decisiones que tienen el mismo valor que las que toma éste, respecto de cuestiones de gran trascendencia política, como lo son las europeas. El socavamiento de los principios propios del parlamentarismo, por mucho que el BR no responda, exactamente, a la imagen de una segunda cámara legislativa, se ponen aquí, una vez más, en evidencia. Pareciera como si las pesadas cámaras de representación popular y, en este caso, territorial, precisaran de ser aligeradas para cumplir debidamente con las tareas que demandan los nuevos tiempos, en los que la rapidez en la toma de decisiones suele ir, con mejor o peor criterio, directamente asociada a la eficacia de las mismas.

El debate, lógicamente, es de calado, y no es este el lugar para acometerlo con la debida calma y competencia; pero, en todo caso, conviene no perderlo de vista ni por un momento, no vaya a ser que de tanto habitar el mundo de las ficciones (jurídico-políticas) acabemos perdiendo el sentido de la realidad, y un día nos despertemos alborotados por la duda de no saber ya a ciencia cierta en dónde reside el poder público y quién lo ejerce. Al fin y a la postre, la realidad, nos guste o no, suele acabar imponiéndose. No estaría mal que antes de que eso sucediera tratásemos de comprenderla mejor y, sobre todo, de intentar transformarla para adecuarla no ya sólo a los nuevos tiempos, sino, fundamentalmente, a los requerimientos imprescindibles de la democracia, en su faceta representativa actual, mejorada o rediseñada.

12. *Finalmente, en el terreno de la administración, sobre todo, en lo relativo a la ejecución de la legislación federal por parte de los Länder como asunto propio, y, más concretamente, lo que afecta a la competencia de éstos para la regulación de la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo, las importantes funciones de intervención del BR se han visto reducidas al admitir que las leyes federales puedan establecer una regulación diferente sin necesidad de contar ya con la aprobación de aquél. A cambio, se ha introducido un nuevo tipo legislativo en virtud del cual se permite a los Länder aprobar regulaciones divergentes de las federales; regulaciones de los Länder que, sin embargo, en el futuro podrán ser de nuevo contradichas por la Federación; y así sucesivamente.*

Esta nueva técnica legislativa, basada en el criterio de la *lex posterior derogat lex anterior* (con independencia de la procedencia territorial de cada una de las normas), resulta altamente controvertida desde el punto de vista de la economía y racionalidad legislativas, en tanto que puede acabar generando una multiplicidad de normas federales y de los *Länder* contradictorias, que podrían venir a sustituirse de forma indefinida. Problemas estos a los que habría que añadir otro no menor: la dificultad que para el ciudadano podría suponer identificar quién es de qué responsable, con el consiguiente perjuicio que ello conlleva para el principio democrático.

La voluntad decidida de poner freno a una intervención en la legislación y administración federal del BR que se considera excesiva puede acabar cometiendo, asimismo, algunos excesos de difícil justificación. En el fondo, lo que se deja entrever de nuevo es el deseo de dotar de mayor agilidad a los procedimientos de toma y ejecución de decisiones. Motivo nada despreciable, pero que no puede convertirse, sin pagar un alto precio por ello, en la causa que justifica modificaciones puntuales de la Ley Fundamental que pueden terminar desfigurando, en alguna medida, la posición constitucional de los órganos especiales del Estado, aquellos a los que se refiere el artículo 20.2 GG, y por medio de los cuales se expresa el poder público.

\* \* \*

Ya se ha insistido sobradamente en ello y no conviene detenerse más al respecto, si acaso, para poner fin a estas reflexiones, señalar sólo que los remiendos pueden ser necesarios en determinados momentos y que las instituciones, muchas veces, los precisan para tapar determinados rotos que han ido apareciendo con el paso del tiempo o



## GARANTÍAS DEL PLURALISMO TERRITORIAL

que, sencillamente, existían desde un principio y que no se detectaron. Sin embargo, llega un momento en que conviene soltar la aguja y quitarse el dedal, alejarse de la coyuntura, tan exigente con sus tiempos, para analizar la estructura, de cuya buena salud depende el sostenimiento del sistema entero.

El BR, hoy en día, debe ser analizado, como se señalaba al comienzo de esta exposición, a la luz del entramado institucional de la Ley Fundamental y del conjunto del sistema jurídico-político de la República Federal de Alemania para ver si cumple adecuadamente con la función que se quiere para él. Y la única forma de realizar esta tarea pasa por someterlo a un contraste con los principios básicos del Estado social y democrático de Derecho territorialmente descentralizado que es la República Federal de Alemania.

Según hemos tenido ocasión de ver, parece que no son pocos los problemas que se plantean, en este sentido, debido a la constante tensión existente entre el principio democrático y el federal. Y, sin embargo, el equilibrio no resulta inalcanzable. A ello hay que aspirar, aunque para ello haya que renunciar a determinadas preconcepciones y desvelar ciertas ficciones. En ese proceso se revelará la verdadera naturaleza de las instituciones que ejercen el poder público y la relación que mantienen entre sí. El aprendizaje será, qué duda cabe, muy enriquecedor. Y no sólo servirá a los alemanes. También a quienes desde otros lugares aspiran a dotarse de órganos de representación territorial que sean capaces de conseguir ese equilibrio, nunca perfecto, pero al que siempre hay que aspirar, entre unidad y autonomía, integración y diversidad. Pienso en el Senado español, claro está.

### Nota bibliográfica

La elaboración de estas reflexiones parte, en buena medida, de un estudio más amplio titulado «El *Bundesrat* o Consejo Federal alemán», que se encuentra pendiente de publicación por parte de la Fundación Manuel Giménez Abad.

La bibliografía en alemán sobre el *Bundesrat* es prácticamente inabarcable, por lo que me limitaré aquí a citar algunos trabajos en castellano que pueden servir de referencia para quien a partir de esta lengua muestre interés por esta cuestión.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch: *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*. CEC, Madrid, 1986.

ARROYO GIL, Antonio: *El federalismo alemán en la encrucijada. Sobre el intento de modernización del orden federativo en la República Federal de Alemania*. Prólogo de Manuel MEDINA GUERRERO. CEPC, Fundación Ma-

A. ARROYO GIL

DOCE REFLEXIONES SOBRE EL ACTUAL BUNDES RAT ALEMÁN

nuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Madrid, 2006.

- «La reforma del Estado federal alemán: Un primer balance», en TUDELA ARANDA, José y KÖLLING, Mario (eds.): «La reforma del Estado Autonómico español y del Estado Federal alemán». *Cuadernos y Debates*, 195, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- *La reforma constitucional del federalismo alemán: Estudio crítico de la 52.ª Ley de modificación de la Ley Fundamental de Bonn, de 28 de agosto de 2006*. Prólogo de Juan José Solozábal Echavarría. Colección Con(Textos)A, n.º 11, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2009.
- «La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los *Länder* en la Republica Federal de Alemania», *REAF*, 10, 2010.

GÓMEZ ORFANEL, Germán, y ARROYO GIL, Antonio: «El reparto de facultades legislativas y el *Bundesrat* en el federalismo alemán (1871-2006)». *CDP*, 26, 2005 [publicado en 2007].

LÓPEZ CASTILLO, Antonio: «El Consejo Federal alemán», en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (ed.): *Repensar el Senado. Estudios sobre su reforma*. Senado, Madrid, 2008.

MEYER, Hans: «Los votos en el *Bundesrat*». *Teoría y Realidad Constitucional*, 17, 2006.

POSSER, Diether: «Significado del *Bundesrat*», en: BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE...: *Manual de Derecho Constitucional*. IVAP, Marcial Pons, Madrid, 1996 (Edición, *Prolegomena* y traducción de A. LÓPEZ PINA).

