

CRITERIOS HERMENEUTICOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL ALEMAN PARA LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS DE REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL «BUND» Y LOS «LÄNDER» (*)

MERCÈ BARCELÓ I SERRAMALERA

SUMARIO: I. UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN DEL MÉTODO INTERPRETATIVO DEL TCF EN EL ÁMBITO DE LAS NORMAS COMPETENCIALES.—II. CRITERIOS INTERPRETATIVOS FORMALES: 1. *El punto de partida teórico*. 2. *La práctica del BVerfG sobre dos elementos interpretativos concretos en el ámbito competencial: interpretación sistemática e interpretación histórica*: a) Interpretación sistemática en el ámbito competencial; b) Interpretación histórica en el ámbito competencial.—III. CRITERIOS INTERPRETATIVOS MATERIALES: 1. *La presunción a favor de las competencias de los «Länder»*. 2. *El principio de la necesaria protección de las competencias de los «Länder»*. 3. *Las competencias legislativas del «Bund» como límite exterior de sus competencias ejecutivas*. 4. *«Staatspraxis»*. 5. *«Bundestreue», «bundesfreundliches Verhalten»*. 6. *La doctrina de las competencias tácitas: «Kraft Sachzusammenhangs», «Annex» y «Kraft Natur der Sache»*: a) Competencias por razón de la conexión material y por anexión: a.1) El concepto y las condiciones de aplicación de la conexión material y de la anexión en la jurisprudencia del BVerfG; a.2) El reconocimiento de competencias por razón de la conexión material tanto a favor del «Bund» como a favor de los «Länder». Criterios que informan la jurisprudencia del BVerfG en cada caso; a.3) Aproximación a una clasificación de las diferentes funciones del criterio de la «Kraft Sachzusammenhang» en la jurisprudencia del BVerfG; b) Competencias por razón de la naturaleza de las cosas: b.1) El concepto del teorema «Naturaleza de las cosas» en la jurisprudencia del BVerfG; b.2) Condiciones de la jurisprudencia del BVerfG para reconocer una competencia por naturaleza de las cosas.—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL EJEMPLO DE LA CALIFICACIÓN COMPETENCIAL DE LAS MATERIAS: 1. *Los problemas que «a priori» se suscitan en el tema de la calificación competencial de las materias*. 2. *La jurisprudencia del BVerfG ante el problema de la calificación competencial de las materias*.

(*) Este artículo constituyó, en su origen, un capítulo de la tesis doctoral titulada «El Tribunal Constitucional Federal alemán: criterios jurisprudenciales en la resolución de conflictos federales entre el 'Bund' y els 'Länder'», defendida en la Facultad de Derecho de la UAB el 19 de septiembre de 1988.

I. UN INTENTO DE SISTEMATIZACION DEL METODO INTERPRETATIVO
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL
EN EL AMBITO DE LAS NORMAS COMPETENCIALES

«Método caótico» (1), «pragmatismo sin dirección» (2) o «arbitrariedad en la elección» (3) han sido algunas de las expresiones más usuales que la doctrina alemana ha utilizado para describir y calificar el método interpretativo del Tribunal Constitucional Federal o *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG).

La discusión se inició hace ya tiempo; su origen se remonta al Congreso de Profesores de Teoría del Estado celebrado en Freiburg en 1961 (4). Hoy se ha visto enriquecida por los trabajos de profesores como MARTIN KRIELE, KONRAD HESSE, FRIEDRICH MÜLLER o PETER HÄBERLE, entre otros. La crítica que subyace en todos ellos se dirige contra los elementos interpretativos que maneja el BVerfG y contra su base teórica; pero, sobre todo, ha puesto de manifiesto la insuficiencia del método hermenéutico del Tribunal. La crítica al método del BVerfG es, por consiguiente, no tanto una crítica dirigida a evidenciar un error de elección del método, sino, más bien, una crítica dirigida a evidenciar una falta de perspectiva global del Tribunal Constitucional Federal en el terreno de la interpretación.

Efectivamente, la falta de perspectiva global es un rasgo que destaca en el método interpretativo del BVerfG. Sin embargo, también es cierto que brillan por su ausencia estudios doctrinales sobre criterios hermenéuticos para la interpretación de las normas competenciales. La doctrina ha centrado su punto de mira en la jurisprudencia interpretativa del llamado Derecho constitucional material o, lo que es lo mismo, el conjunto de normas constitucionales que regulan los derechos fundamentales. Este ha sido el punto central del debate sobre la interpretación constitucional. Y seguramente este olvido en el tema interpretativo del Derecho constitucional formal, es decir, de las normas organizativas de la Constitución, se debe a la creencia de que la estructura de tales normas es más cercana a la estructura tradicional que pre-

(1) H. EHMKE, «Prinzipien der Verfassungsinterpretation», en *VVDStRL*, vol. 20, Berlín, 1963, p. 59.

(2) F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlín, 1971, p. 41.

(3) P. HÄBERLE, «Die Abhorentscheidung des BVerfG vom 15-XII-1970», en *JZ*, 1971, p. 146.

(4) Las ponencias y el debate que posteriormente tuvo lugar se encuentran recogidos en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (*VVDStRL*), núm. 20, Berlín, 1963, pp. 1-134.

sentan el resto de normas del ordenamiento jurídico. Se parte de que el Derecho constitucional formal es un Derecho tan completo y predeterminado como las otras normas de naturaleza no constitucional, y, por ello, la problemática que crea su interpretación no deja de ser más que una parte de la problemática que surge, en general, del proceso interpretativo.

No obstante, desde nuestro punto de vista, éste no sería un argumento justificable. Y no lo sería porque consideramos que las normas de Derecho constitucional formal, y entre ellas las competenciales, pueden ser tan completas o incompletas, predeterminadas o indeterminadas como lo puedan ser las normas de Derecho constitucional material. Piénsese, por ejemplo, en los problemas que suscita la interpretación de las normas de la Ley Fundamental que realizan el reparto competencial entre el *Bund* y los *Länder*; los problemas que comportan la interpretación de las cláusulas de preclusión y de necesidad en el ámbito de las competencias concurrentes (art. 72 GG); las cuestiones que se plantean en torno del concepto de ley marco, o simplemente toda la problemática que conlleva el tema de la calificación de las materias que aparecen en los listados competenciales. La apertura y el poco detalle de estas disposiciones sigue siendo tan peculiar como lo puedan ser las disposiciones de Derecho constitucional material, sobre las que tanto ha escrito la doctrina.

Por todo ello, las páginas que siguen intentarán, aunque sólo sea un primer esbozo de sistematización del método interpretativo del BVerfG. Se parte de que para el Tribunal Constitucional alemán existen dos tipos bien diferenciados de argumentaciones interpretativas: las unas se concretarían en los puntos de vista clásicos de la interpretación; efectivamente, el BVerfG se declara partidario del uso de la teoría interpretativa tradicional (II). Pero no es menos cierto que ante la insuficiencia de los puntos de vista que aquélla ofrece, el Tribunal ha ido derivando de la Ley Fundamental una serie de principios o pautas interpretativas materiales en las que, en no pocas ocasiones, ha fundamentado su decisión; es decir, una serie de puntos de vista materiales normativos o tópicos relevantes que orientan el proceso de selección de nuevos puntos de vista que permitan la solución del problema (III). Por último, y a modo de resumen y conclusión, expondremos cómo opera el método interpretativo del BVerfG con un ejemplo concreto: el ejemplo de la calificación competencial de las materias (IV).

II. CRITERIOS INTERPRETATIVOS FORMALES

1. *El punto de partida teórico*

El método interpretativo del BVerfG se inscribe en el ámbito de las teorías interpretativas tradicionales. En tales concepciones, el objeto de la interpretación es la voluntad objetiva de la norma (teoría objetiva) o la voluntad subjetiva del legislador (teoría subjetiva), que se extrae del propio texto de la norma, de su posición sistemática, de su evolución histórica o de su sentido o *ratio* normativos. El punto de partida de los métodos tradicionales es, por tanto, la creencia en una voluntad o solución preexistente, que constituye, a su vez, el objeto de la interpretación. Y éste es también el punto de partida teórico del BVerfG.

La formulación expresa del método interpretativo del BVerfG se anuncia ya en una de sus primeras decisiones. En la sentencia de 21 de mayo de 1952 (5), en la que se resolvía un conflicto de Derecho público entre el *Bund* y el *Land* de Bayern sobre el reparto de medios financieros para la construcción de viviendas, el segundo Senado estableció que «el patrón para la interpretación de una disposición legal es la expresa voluntad objetivizada del legislador, resultante del propio texto y contexto de la norma. Por el contrario, no es decisivo para el significado de una disposición las ideas de los órganos o partes de éstos que hayan participado en su proceso de creación».

Que la «voluntad objetivizada del legislador» supuso entonces la elección, por parte del BVerfG, del método objetivo, no se hizo evidente hasta la sentencia de 15 de mayo de 1960 (6), resultado de un control concreto de normas, en la que de forma expresa se exponía que la primera decisión debía entenderse bajo los auspicios de la teoría objetiva de la interpretación.

Para el BVerfG, pues, el problema de la interpretación constitucional se reduce al problema de averiguar la voluntad de la propia norma o, lo que es lo mismo, la «voluntad objetivizada del legislador» en la norma (7). Y para obtener esta voluntad recurre a distintos puntos de vista, que se corresponden con los elementos tradicionales elaborados por la teoría de SAVIGNY. De esta manera, la interpretación se efectúa a través «del texto de la norma (in-

(5) BVerfGE 1, 299(312).

(6) BVerfGE 11, 126(129).

(7) La elección del método objetivo la ha reiterado, entre otras, en las BVerfGE 6, 55(75); 8, 274(307); 10, 20(51); 10, 243(244). De forma decisiva, en la BVerfGE 11, 126 (130 y ss.), y posteriormente, en las BVerfGE 24, 1(15); 33, 265(294), y 35, 263(278).

terpretación gramatical), de sus conexiones (interpretación sistemática), de su fin (interpretación teleológica) y de los materiales y génesis que han dado lugar a su formación (interpretación histórica)» (8).

Desde la perspectiva del Tribunal, el primer paso en la interpretación de una norma sería el recurso a su tenor literal (*Wortlaut*) (9). Y ello porque el texto normativo al menos indicaría siempre cuáles no son las soluciones contempladas por la ley. Pero por lo demás, y en el ámbito del Derecho constitucional, la interpretación gramatical pocos éxitos más puede ofrecer. De hecho, a esta conclusión también ha llegado el BVerfG desde el momento en que en el *Kehler-Hafen-Urteil* de 30 de julio de 1953 (10) decidió contra el tenor evidente de los artículos 32 y 59 de la *Grundgesetz*, reconociendo que, en este caso, resultaba más acertada «una decisión valorativa de la Constitución» que una decisión en base a los elementos gramaticales (11).

Por este motivo, por la voluptuosidad que los elementos gramaticales pueden presentar, han cobrado gran importancia en la interpretación constitucional los elementos sistemáticos y teleológicos (12). Y, así, el BVerfG ha manifestado que «la interpretación... sirve a una legítima tarea judicial cuando investiga el sentido de una disposición, en tanto que incardinada en el conjunto del ordenamiento jurídico, sin estar limitada al tenor literal de la ley» (13).

Finalmente, el BVerfG ha apelado también a los elementos históricos o criterios materiales interpretativos (*Entstehungsgeschichte*) a los que en la mayoría de los casos les confiere un papel subsidiario en el proceso de la interpretación (14).

Pero si ya es problemático determinar el concepto que el BVerfG tiene de cada elemento interpretativo, más difícil resulta todavía encontrar una posición clara del Tribunal respecto de las relaciones de jerarquía que pudieran darse entre ellos. El Tribunal Constitucional Federal ha tenido la oportunidad de afirmar que «los métodos interpretativos se sitúan uno al lado del otro sin excluirse entre sí, sino complementándose respectivamente» (15). Ahora bien, no se ha pronunciado sobre dónde debe recaer el acento cuando el resultado que se obtiene a través de cada elemento es contradictorio.

(8) BVerfGE 11, 126(130).

(9) Así lo pone de manifiesto en la BVerfGE 11, 85.

(10) BVerfGE 2, 347(374 y ss.).

(11) En este sentido, también F. MÜLLER, *op. cit.*, p. 23.

(12) BVerfGE 1, 299(312); 8, 274(307); 8, 210(221); 10, 321; 13, 72.

(13) BVerfGE 8, 210(221).

(14) BVerfGE 1, 299(312); 10, 51; 10, 234(244); 11, 126(130).

(15) BVerfGE 11, 126(130).

La premisa teórica de la que parte el BVerfG es clara: se adopta el método objetivo como parámetro interpretativo y se reviste al método subjetivo de un carácter meramente subsidiario. No obstante, la práctica ha demostrado, como ahora veremos más detenidamente, que el Tribunal no siempre se ha ceñido a su punto de partida teórico; según el caso, ha hecho oscilar el valor de cada componente interpretativo sin, al mismo tiempo, haber elaborado previamente un esquema interpretativo que justifique la toma de una determinada decisión (16).

2. *La práctica del BVerfG sobre dos elementos interpretativos concretos en el ámbito competencial: interpretación sistemática e interpretación histórica*

Se acaba de poner de manifiesto que el punto de partida teórico interpretativo del BVerfG ha encontrado, en la práctica, serios problemas de aplicación. La interpretación gramatical ha dado paso, en un gran número de casos, bien a una interpretación sistemática o bien a una interpretación histórica directa, que, como elemento único, puede conducir sólo a un resultado subjetivo en la interpretación. Y ello ha sucedido especialmente en la interpretación de las normas de derecho competencial, en donde los elementos sistemáticos e históricos han encontrado su campo preferencial de aplicación.

a) *Interpretación sistemática en el ámbito competencial*

Tanto desde un punto de vista estricto, es decir, exclusivamente entre normas competenciales, como desde un punto de vista amplio, esto es, la relación de tales normas con el conjunto normativo constitucional, la interpretación sistemática del derecho organizativo constituye un elemento básico del método del BVerfG.

El elemento sistemático en sentido estricto le ha servido al Tribunal tanto para proceder a una calificación competencial basada en el principio de la especialidad como para delimitar grupos materiales competenciales. Un ejemplo del primer supuesto lo constituye la sentencia de 4 de junio de 1957 (17), que puso fin a un proceso de control abstracto iniciado por el *Bund* sobre la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley de Prensa de 3 de octubre de 1949 del *Land* de Bayern. En la argumentación, el Tribunal Constitucional

(16) Una visión crítica de la cuestión se encuentra en F. OSSENBÜHL, «Probleme und Wege der Verfassungsinterpretation», en *DÖV*, 1965, pp. 653 y ss.

(17) BVerfGE 7, 29(44).

estableció que las materias comprendidas en la lista de las competencias legislativas concurrentes (art. 74 GG) y las materias sobre las que el *Bund* puede dictar leyes marco (art. 75 GG) son materias que no pueden determinarse en abstracto; su delimitación resultaría, más bien, y según la citada sentencia, del conjunto estructural de cada artículo, de manera que, por ejemplo, una materia subsumible, tanto bajo una denominación especial como bajo una denominación o título general, podría ser sólo subordinada a la prescripción especial. Así, en este caso concreto, se entendió que la prescripción de los delitos de prensa era una materia subsumible en el catálogo de las competencias marco (art. 75.2 GG) y no en las materias de Derecho penal o procesal (art. 74.1 GG), como competencia concurrente y título general.

Al lado de esta referencia al principio de la especialidad para la calificación competencial de las materias, el método sistemático es usado, sobre todo, para delimitar grupos de materias en cada catálogo competencial. Así, por ejemplo, es manifiesta la tendencia del BVerfG de establecer siempre una íntima conexión entre las materias de «seguros sociales» (18) y «derecho laboral» (art. 74.12 GG) (19) con la materia «derecho de la economía» (artículo 74.11 GG) (20).

Pero interpretación sistemática en sentido lato significa también incardinación de una competencia en el amplio marco de la Constitución. Desde esta perspectiva, la interpretación del ordenamiento jurídico como un todo se traduce, en Derecho constitucional, en el «principio de la unidad de la Constitución» (21), aunque más que un principio sea una línea de interpretación. O brevemente expuesto: sería el cometido de la jurisprudencia y de la doctrina de resolver las relaciones de tensión que se produzcan entre normas y principios constitucionales, apreciando en cada caso su peso y su significado en la totalidad del conjunto (22). En base a ello, el ejercicio de las competencias debería delimitarse tanto en función de los principios constitucionales

(18) BVerfGE 23, 12(22); 36, 383(392).

(19) BVerfGE 1, 283(292); 13, 230(233); 13, 237(239); 38, 281(299).

(20) En el uso de esta técnica también destaca la conocida BVerfGE 15, 1(12), *Bundeswasserstrassenurteil*, de 30 de octubre de 1962, en la que el BVerfG formó un grupo sistemático entre las materias de los números 21, 22 y 23 del artículo 74 de la GG para contratarlo y delimitarlo con las materias del artículo 75.4 de la GG.

(21) Sobre este concepto pueden consultarse las obras de F. OSSENBÜHL, *op. cit.*, pp. 654 y ss.; R. STETTNER, *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, Berlín, 1983, pp. 389 y ss.; K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 15.ª ed., Heidelberg, 1985, pp. 26-27. Y la discusión de DRATH (pp. 106 y ss.), LEIBHOLZ (pp. 119 y ss.), SCHEUNER (pp. 125 y ss.), SCHNEIDER (pp. 108 y ss.) y EHMKE (pp. 77 y ss.), recogida en *VVDStRL*, vol. 20, Berlín, 1963.

(22) F. OSSENBÜHL, *op. cit.*, p. 655.

como en base a las normas sobre derechos fundamentales (23). En relación con los primeros, en la BVerfGE 54, 1(31), el Tribunal Constitucional ha establecido que la competencia del ministro federal de Hacienda, para aprobar los gastos que excedan del límite fijado en los presupuestos (art. 112 GG), puede sólo interpretarse en conexión con el principio de «parlamentarismo democrático» que se deriva de la Constitución. En relación con las segundas, el principio de la «unidad constitucional» despliega sus efectos para dirimir las tensiones que se producen en el seno de la Ley Fundamental entre éstas y las normas competenciales; es decir, las tensiones entre Derecho formal y Derecho material constitucional. Las relaciones materiales entre estos dos tipos de normas resultan evidentes si se consideran los derechos fundamentales no desde la perspectiva de una posición jurídico-subjetiva de los ciudadanos, sino como una parte de la estructura total de la Constitución. Porque la Ley Fundamental persigue dos objetivos: por una parte, delimitar los respectivos ámbitos competenciales del *Bund* y de los *Länder*, y por otra, regular las relaciones entre los ciudadanos y el Estado; en ambos casos, por tanto, se trata de la división del poder estatal. Desde esta perspectiva, la concepción de los derechos fundamentales como normas competenciales en sentido amplio ha permitido al BVerfG interpretar las normas de Derecho formal en conexión con las de Derecho material. Expresamente lo hizo, por ejemplo, en el *Investitionshilfe-Urteil* (24), ya citado, y posteriormente en el *Apotheken-Urteil* (25), donde puso de manifiesto la posibilidad de limitar el derecho de elegir libremente la profesión (art. 12.1 GG) a través de la competencia concurrente reconocida en el artículo 74.19 de la *Grundgesetz* (legislación sobre admisión en las profesiones médicas, paramédicas y afines).

b) *La interpretación histórica en el ámbito competencial*

El punto de partida del BVerfG, como ya se ha expuesto, es el uso del método objetivo en la interpretación de las normas constitucionales. En principio, este método no excluiría el recurso a los elementos subjetivos que aportan el análisis histórico, los orígenes o los trabajos preparatorios de creación de una norma (*Entstehungsgeschichte*), al igual que no excluiría ningún otro punto de vista interpretativo (26). Lo único que excluye el método obje-

(23) Claramente expresado resulta en la BVerfGE 4, 7(15).

(24) BVerfGE 4, 7(15).

(25) BVerfGE 7, 377.

(26) M. SACHS, «Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des BVerfG», en *DVBl*, 1984, p. 74. En contra, H. J. MÜLLER, «Subjektive und objektive Auslegungstheorie in der Rechtsprechung des BVerfG», en *JZ*, 1962, p. 471.

tivo es identificar la voluntad de la norma con la voluntad subjetiva del legislador (27).

Así lo ha entendido también el BVerfG al no haber rehusado los elementos históricos en el proceso de la interpretación, aunque ello no haya supuesto, a su vez, su completa aceptación (28). Es más, si nos basamos en la jurisprudencia predominante del Tribunal Constitucional Federal sobre este tema, debe admitirse que los elementos históricos desempeñan un papel secundario en relación con los otros puntos de vista interpretativos, al menos en teoría.

En este sentido, en la sentencia BVerfGE 1, 299(312), el Tribunal deja clara su posición al establecer que los orígenes de una disposición cobran significado en la interpretación sólo en tanto y en cuanto sirvan bien para confirmar el resultado obtenido con los métodos usuales o bien cuando del uso de éstos resulte una solución dudosa (29). La posición es clara, pero ambas funciones, la confirmatoria y la subsidiaria, han perdido en la práctica, y no en pocas ocasiones, todo su valor. A menudo, el Tribunal ha hecho un uso directo de los elementos genéricos, hasta tal punto que pueden encontrarse sentencias donde la *Entstehungsgeschichte* se combina con el tenor literal de la ley (30); sentencias en las que su aplicación no conlleva un uso exhaustivo de los otros puntos de vista objetivos (31), o simplemente sentencias en las que desarrolla el papel de método único en la interpretación (32).

Esta práctica del BVerfG encuentra su apogeo en la interpretación de las normas competenciales. Y ello es consecuencia de que el Alto Tribunal ha entendido que la distribución competencial operada por la *Grundgesetz* parte de la fórmula elaborada por la Constitución de Weimar (33), y que, por tanto,

(27) Recuérdese, por ejemplo, que en la ya citada BVerfGE 1, 299(312), el BVerfG afirmaba contundentemente que «... no es decisivo para el significado de una disposición las ideas de los órganos o partes de aquellos que hayan participado en su proceso de creación» (de la norma).

(28) Sobre las oscilaciones de la jurisprudencia en este tema, véanse las BVerfGE 1, 117(127); 1, 299(312); 6, 55(75); 8, 274(307); 10, 20(51); 11, 126(130), y los comentarios sobre ellas de H. J. MÜLLER y M. SACHS, citados en nota 26.

(29) Y también las BVerfGE 10, 234(244) y 11, 126(131).

(30) BVerfGE 1, 184(189); 10, 129(132 y ss.); 19, 52(59); 19, 248(252 y ss.); 19, 290(301); 29, 125(138 y ss.); 37, 1(29); 40, 237(248); 50, 25(139); 52, 303(349 y ss.); 55, 159(170 y ss.); 57, 107(114 y ss.).

(31) Faltando una argumentación teleológica: BVerfGE 10, 285(291); 18, 70(81); 20, 26(29 y ss.); 23, 327(349 y ss.); 30, 90(101 y ss.); 52, 303(352 y ss.). Y sin el recurso a una interpretación sistemática: BVerfGE 57, 250(262).

(32) BVerfGE 11, 168(178); 48, 246(264); 56, 192(204).

(33) BVerfGE 3, 407(414); 4, 115(124); 26, 281(299); 33, 52(61); 42, 20(29).

las materias asumidas por ella en base a la anterior Constitución deben ser comprendidas en el mismo sentido en que entonces fueron interpretadas (34).

Este sería el criterio que el BVerfG ha aplicado para distinguir las distintas clases de impuestos en materia financiera (35); el que le ha servido para definir el alcance del concepto de administración autónoma de los municipios (36), o el que ha usado para determinar las competencias del *Bund* en materia de Derecho civil (37). En todos estos casos, el criterio interpretativo ha estado basado en el recurso al método histórico y, concretamente, centrado éste en el período de Weimar. Sólo de forma esporádica se encuentran ejemplos de decisiones contrarias al ordenamiento competencial de Weimar cuando el texto de la *Grundgesetz* les es divergente (38).

III. CRITERIOS INTERPRETATIVOS MATERIALES

1. *La presunción a favor de las competencias de los «Länder»* («*Vermutung der Länderkompetenz*»)

Las normas generales sobre la distribución de competencias entre el *Bund* y los *Länder* están situadas en los artículos 30, 70 y 83 de la *Grundgesetz*. Dispone el artículo 30 que «el ejercicio de los poderes públicos y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los *Länder* en tanto que la presente Ley Fundamental no dicte o admita una disposición en contrario». Concretando este mandato, establece el artículo 70, para el ámbito legislativo, que «los *Länder* tienen la facultad legislativa en cuanto la presente Ley Fundamental no la confiera al *Bund*»; y para el ámbito ejecutivo prevé, finalmente, el artículo 83 que «los *Länder* ejecutan las leyes del *Bund* como tarea propia, en tanto que esta Ley Fundamental no determine o autorice otra cosa».

Bajo el tenor de estos artículos, el BVerfG ha establecido, en continua jurisprudencia, el principio de la primacía competencial de los *Länder* (39), en el sentido de establecer una *presunción a favor de las competencias de los*

(34) BVerfGE 3, 407(415); 4, 115(124); 6, 309; 42, 20(29).

(35) BVerfGE 7, 244(252); 14, 76(91); 26, 302(309); 31, 8(19).

(36) BVerfGE 7, 29(30-40); 36, 193(203); 41, 231(241).

(37) BVerfGE 42, 20(29).

(38) BVerfGE 26, 281(299-300); 26, 338(398).

(39) BVerfGE 10, 89(101); 11, 6(17); 12, 205(228); 15, 1(17); 26, 281(297); 42, 20(28).

«*Länder*» «en caso de duda sobre la competencia del *Bund*» (40). De aquí se deriva que las facultades legislativas del *Bund* (igual que las ejecutivas) pueden deducirse sólo «de una atribución expresa a través de la *Grundgesetz*» (41) y, por tanto, la imposibilidad de poder interpretar extensivamente sus competencias (42). O en otras palabras: la aplicación de tal principio implicaría, por una parte, que la atribución de competencias al *Bund* resulta de la propia Ley Fundamental; por otra, que todas aquellas materias no atribuidas al *Bund* constitucionalmente son competencia de los *Länder*, y, por último, que las normas que atribuyen competencias al *Bund* son normas de carácter excepcional y, consiguientemente, deben ser interpretadas restrictivamente. Así definida, la presunción competencial se convierte en un importante elemento concretizador para la interpretación constitucional, al resolver, a favor de los *Länder*, todos aquellos casos en que se duda acerca de una titularidad competencial.

No obstante, la práctica ha demostrado que las tendencias homogeneizadoras del Estado social han comportado un trasvase de competencias legislativas de los *Länder* al *Bund* (43). Más allá de las facultades legislativas sobre materias como derecho local, derecho de policía o cultura, queda en manos de los *Länder*, como legisladores, bien poca cosa más. Es por ello que hoy se habla de una primacía del *Bund* sobre las competencias legislativas de los *Länder* y de un predominio compensatorio de éstos en el ámbito ejecutivo.

La doctrina ha interpretado este fenómeno de diversas maneras. Para MAUNZ (44), la nueva supremacía del *Bund* en el ámbito legislativo no sería ningún argumento decisivo contra la doctrina de la presunción competencial a favor de los *Länder*. Para este autor es evidente «que la interpretación de una competencia debe ser apropiada y funcional; de tal manera podría evitarse desde un principio la aplicación de una presunción competencial» (45). No obstante, después de esta afirmación, pone también de manifiesto la posibilidad de que surjan lagunas en la distribución de funciones y de materias entre el *Bund* y los *Länder*; y para tal posibilidad, la solución sólo se encuen-

(40) BVerfGE 12, 205(228).

(41) BVerfGE 12, 205(228).

(42) BVerfGE 12, 205(228-229) y 26, 246(254).

(43) Una descripción de las causas de este fenómeno se encuentran expuestas, entre otras, en las obras de M. BULLINGER, «Die Zuständigkeit der Länder zur Gesetzgebung», I y II, en *DÖV*, 1970, núm. 22, pp. 761-777, y núm. 23, pp. 797-801, y H. J. RINCK, «Zur Abgrenzung und Auslegung der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern», en *Festschrift für Gebhard Müller*, Tubinga, 1970, pp. 289 y ss.

(44) T. MAUNZ, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz Kommentar*, vol. 3, com. art. 70, pár. 30.

(45) *Ibidem*.

tra en la aplicación del principio de la presunción competencial a favor de los Estados federados.

En cambio, contra la aplicación de tal presunción se ha declarado un amplio sector doctrinal (46); en concreto, y especialmente crítico, H. J. RINCK considera que el artículo 70 de la GG, al establecer un sistema acabado de distribución competencial, no puede contener ningún tipo de presunción. Y es que para este autor no es posible aplicar en el ámbito de la división competencial entre el *Bund* y los *Länder* categorías tales como «principio general» o «principio restrictivo» o como «regla» y «excepción»: «El orden federal de la *Grundgesetz* supone que el legislador del *Bund* y los legisladores de los *Länder* tienen las mismas posibilidades en la formación del Derecho» (47). Consiguientemente, RINCK indica la necesidad de proceder no a través de una presunción, sino a través de una «interpretación de las normas competenciales apropiada y funcional» («*sachgemässe und funktionsgerechte Auslegung der Kompetenzvorschriften*»), en el sentido de que aquellas materias que necesiten de una regulación legislativa unitaria en todo el Estado deben ser competencia del *Bund*, y aquellas que necesiten de un tratamiento diferenciado deben ser competencia de los *Länder* (48). Desde esta perspectiva, si se parte de que la división competencial, tanto la legislativa como la ejecutiva, se estructura en la *Grundgesetz*, de manera tal que no es posible que se produzca una laguna, y que, por tanto, se excluye el recurso a la «presunción», el problema pasa a ser una cuestión de la *interpretación de las normas competenciales y de la calificación de las materias* (49), en la que aparece como decisiva una interpretación proporcional y adecuada de los preceptos organizativos constitucionales.

En este sentido se pronunció también el BVerfG, en la sentencia de 14 de noviembre de 1962 (50), al afirmar que incluso para asegurar «los intereses de los *Länder* no era posible llevar a cabo una interpretación restrictiva, sino justa de las competencias del *Bund*». Hasta diez años más tarde (período durante el cual se mantuvo la tesis de la presunción), el Tribunal no volvería a retomar el contenido de esta decisión.

(46) Entre otros, H. J. RINCK, *op. cit.*, pp. 289-300; M. BULLINGER, «Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat», en *AöR*, 1971, pp. 237-285; R. SCHOLZ, «Ausschliessliche und Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des BVerfG», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. II, Tubinga, 1976, pp. 266-267.

(47) H. J. RINCK, *op. cit.*, p. 300.

(48) *Ibidem*.

(49) R. STETTNER, *op. cit.*, p. 390.

(50) BVerfGE 15, 126.

El punto de partida de la jurisprudencia del BVerfG, según el cual las competencias del *Bund* deben ser interpretadas restrictivamente respetando la primacía de los *Länder* se cuestionó de nuevo en el llamado *Numerus-clausus-Urteil* de 18 de julio de 1972 (51). En esta sentencia se aprecia de nuevo un leve viraje de las tesis del BVerfG en el sentido de que se reconoce y se acepta, si bien discretamente, que la evolución del Estado social conduce inexorablemente a una concentración de las facultades legislativas a favor del *Bund*. Esta orientación vuelve a vislumbrarse en la sentencia sobre la excusa de testimonio de los miembros de la prensa de 28 de noviembre de 1973 (52). Aquí el Tribunal basa la inconstitucionalidad del artículo 22.1 de la Ley de Prensa del *Land* de Hessen de 20 de noviembre de 1958, entre otros motivos, en la «necesidad de la unidad del Derecho» y en «la apropiada y funcional interpretación de las disposiciones competenciales», expresión que, como recordaremos, forma parte de la tesis defendida por H. J. RINCK, y que el Tribunal cita expresamente en su decisión. Y también la sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley de Reforma de los Seguros de Pensiones se inscribiría en esta nueva línea jurisprudencial (53). En este caso se procede ya abiertamente a revisar la aplicación del principio de la presunción de competencias a favor de los *Länder*; y en este sentido, el Tribunal afirmó: «En la amplitud y en el transcurso del desarrollo constitucional (del que se ha derivado), una creciente concentración de competencias legislativas en el *Bund* (arts. 73 y sigs. GG) se deduce el principio que ordinariamente los *Länder* ejecutan las leyes del *Bund* como asunto propio y con igualdad de rango» (54). Tal afirmación implicó, ya entonces, el establecimiento por vía jurisprudencial de una primacía del *Bund* en el ámbito legislativo, y, compensatoriamente, una primacía de los *Länder* en el ámbito de las funciones ejecutivas.

De todas maneras, las sentencias que acabamos de citar no han puesto el punto final a esta cuestión. En la más reciente sentencia de 19 de octubre de 1982 (55) sobre la constitucionalidad de la Ley de Responsabilidad del Estado de 26 de junio de 1981, en la que se declara la inconstitucionalidad de esta ley por incompatibilidad con el artículo 70 de la GG, se vuelve a la tesis inicial de la presunción de competencias a favor de los *Länder*. Aquí se afirma de nuevo que «la sistemática de la *Grundgesetz* exige una estricta interpreta-

(51) BVerfGE 33, 303(330 y ss., 352 y ss.).

(52) BVerfGE 36, 193(209).

(53) BVerfGE 37, 363.

(54) BVerfGE 37, 363(390).

(55) BVerfGE 61, 149.

ción de los artículos 73 y siguientes de la GG» (56), de manera que el *Bund* sólo puede creerse llamado a concretar las normas constitucionales «cuando la *Grundgesetz* le atribuya expresamente una facultad legislativa. Si éste no es el caso, la facultad legislativa recae en el legislador de los *Länder*» (57).

En la jurisprudencia del BVerfG, pues, se evidencia que los artículos 30, 70 y 83 de la *Grundgesetz* son las normas básicas de reparto competencial entre el *Bund* y los *Länder*. Pero lo que ya no es tan evidente es si de ellos se desprende una presunción de competencias a favor de los *Länder* que aplique sistemáticamente como elemento interpretativo. Su punto de partida es éste; posteriormente, y coincidiendo con las reformas constitucionales dirigidas a concentrar en el *Bund* el peso legislativo, trabaja con la tesis contraria, reconociendo una primacía del *Bund* en la esfera legislativa, y compensatoriamente, una primacía de los *Länder* en la esfera ejecutiva. Finalmente, la jurisprudencia del BVerfG ha vuelto a su punto de partida defendiendo la necesidad de una interpretación restrictiva de las competencias legislativas del *Bund*. A partir de ahora queda, pues, la duda de si este principio interpretativo seguirá siendo una constante jurisprudencial.

2. El principio de la necesaria protección de las competencias de los «Länder»

En estrecha conexión con el elemento o punto de vista interpretativo acabado de exponer, se sitúa otra máxima interpretativa que la doctrina (58) ha destilado de la jurisprudencia del BVerfG: se trata del principio de la necesaria protección de las competencias de los *Länder*. Y aunque si bien es cierto que el Tribunal no ha hecho de él una mención expresa, en la práctica lo ha aplicado, y especialmente en el marco de una «correcta interpretación de las normas constitucionales».

El artículo 79.3 de la *Grundgesetz* (59) asegura no sólo una protección de la existencia de los *Länder*, sino una protección de la efectiva estatalidad

(56) BVerfGE 61, 149(174).

(57) BVerfGE 61, 149(203).

(58) M. BULLINGER, *AöR*, cit., pp. 252, y *DÖV*, cit., pp. 767 y ss.; P. LERCHE, *Aktuelle föderalistische Verfassungsfragen*, Munich, 1968, pp. 46 y ss., y R. SCHOLZ, *op. cit.*, p. 270.

(59) El artículo 79.3 de la GG establece: «Es inadmisibile toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la división de la Federación en *Länder* o al principio de cooperación de los *Länder* en la legislación o a los principios determinados en los artículos 1 y 20.»

de estos entes territoriales a través del ejercicio de sus funciones típicas y esenciales (60). De aquí se derivaría el principio mencionado.

El BVerfG se ha servido de esta máxima interpretativa, sobre todo, en el ámbito de las competencias legislativas marco (art. 75 GG: *Rahmengesetzgebungskompetenz*) protegiendo y garantizando la facultad legislativa de los *Länder* en tales materias (61). No obstante, el tópico «protección de las competencias de los *Länder*», sin limitarse al sector de las leyes marco, tiene una vigencia general (62). Así, se encuentran ejemplos de su aplicación cuando el Tribunal exige, para reconocer una competencia del *Bund* por «conexión de la materia», la condición de la «indispensabilidad» (63), mientras que acepta tal conexión a favor de un *Land* con la simple exigencia de una «preponderancia» (64). Pero donde el principio de la protección de las competencias de los *Länder* despliega de forma más evidente su eficacia es en los ámbitos legislativos, en los que los *Länder* dominan. Aquí, en estos ámbitos materiales, el Tribunal interpreta todavía más restrictivamente una posible conexión de materias a favor del *Bund* cuando reconoce un dominio legislativo absoluto, como fueron reconocidos los asuntos culturales en la *Fernsehurteil* (65) por parte de los *Länder*.

La tendencia a proteger las competencias de los *Länder* no se ha materializado sólo en un nivel legislativo, sino que incluso ha desplegado su eficacia en relación con las competencias ejecutivas reconocidas en el artículo 84.1 de la GG (66). Así, por ejemplo, en la sentencia *Jugendwohlfahrtsurteil* (67), el Tribunal impidió al *Bund* calificar la ayuda a menores y la ayuda social como asunto de la Administración propia de los municipios, ya que el Derecho municipal o local es considerado competencia exclusiva de los *Länder*; como consecuencia, la sentencia constató que, en tales materias, el *Bund* po-

(60) P. LERCHE, *op. cit.*, p. 46.

(61) BVerfGE 4, 115(127); 7, 29(41 y ss.); 7, 115(161); 8, 186(193); 25, 142(151 y ss.); 36, 193(202).

(62) Para R. SCHOLZ, *op. cit.*, p. 271, si bien la protección de las competencias de los *Länder* es aplicable a todos los ámbitos competenciales, tal principio debe siempre someterse a una concretización, orientándolo al tema concreto competencial, al problema concreto de eficacia, así como al caso concreto de colisión a resolver.

(63) BVerfGE 3, 407(421).

(64) BVerfGE 7, 29(38 y ss.).

(65) BVerfGE 12, 205(229).

(66) El artículo 84.1 de la GG dispone que «cuando ejecuten las leyes federales como materia propia, los *Länder* establecerán la organización de las autoridades y el procedimiento administrativo respectivo, siempre que no se disponga otra cosa en las leyes federales aprobadas por el *Bundesrat*».

(67) BVerfGE 22, 180.

dría dictar sólo normas de procedimiento administrativo cuando se tuviera como necesario para una eficaz ejecución de las leyes del *Bund*. Y en este caso concreto se consideró injustificada la necesidad de una injerencia por parte del *Bund* en las competencias administrativas de los *Länder*.

Ahora bien: incluso con lo dicho hasta el momento no puede obviarse la lista de sentencias que M. BULLINGER (68) destaca en un sentido contrario, esto es, donde las competencias que se protegen no son las de los *Länder*, sino las del *Bund*. Por tanto, si se tiene en cuenta que el BVerfG no ha interpretado incondicionalmente el sistema competencial bajo los auspicios del principio de la necesidad de protección de competencias de los *Länder*, resulta difícil hablar en propiedad de la «protección de las facultades de los *Länder*» como un elemento o punto de vista interpretativo constante en la jurisprudencia del BVerfG; pero valga su enunciado como lema.

3. *Las competencias legislativas del «Bund» como límite exterior de sus competencias ejecutivas*

El BVerfG ha establecido que las competencias legislativas del *Bund* representan el límite exterior de sus competencias ejecutivas (69). Que el principio deriva de la propia sistemática de la distribución competencial constitucional queda fuera de duda (70). Lo que importa destacar de la adopción de este principio son las consecuencias que de él se derivan.

En primer lugar, el principio implica que cuando la *Grundgesetz* no atribuya expresamente una competencia ejecutiva al *Bund*, tal competencia será ejercida por la Administración de los *Länder*; el argumento de la «supra-regionalidad» no puede suplir una asignación expresa de la Ley Fundamental.

En segundo lugar, de él se deduce también que el alcance de las competencias ejecutivas del *Bund* sólo puede determinarse en relación con la competencia legislativa correspondiente, y no al revés; es decir, la administración a través de órganos propios del *Bund* no puede ultrapasar el marco de sus facultades legislativas en un determinado ámbito material (71).

(68) M. BULLINGER, *AöR*, cit., p. 255.

(69) BVerfGE 12, 205(229); 15, 1(16).

(70) H. H. KLEIN, «Verwaltungskompetenzen von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des BVerfG», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. II, Tubinga, 1976, p. 285; R. STETTNER, *op. cit.*, pp. 393-394.

(71) En la BVerfGE 12, 205(229) se afirma, por ejemplo, que de las facultades ejecutivas del *Bund* sobre «correos», determinadas en el artículo 87.1 de la GG, no puede derivarse el alcance de sus facultades legislativas sobre tal materia.

Y en tercer lugar, el BVerfG ha derivado de tal límite o principio que la posibilidad de una ejecución de las leyes de los *Länder* a través de organismos administrativos del *Bund* quedaría «excluida por antonomasia» (72), por no estar ni prevista ni ser conforme con el sistema competencial. Si tal posibilidad fuese admitida, como advierte LERCHE (73), se conculcaría la estructura básica del sistema de distribución de competencias al propiciar una ejecución de las leyes de los *Länder* por parte del *Bund*, y no dotar a éstos, al mismo tiempo, de los mecanismos necesarios para llevar a cabo la función de vigilancia y control de la que se dota a todo ente legislativo.

4. «*Staatspraxis*»

La *Staatspraxis*, o práctica estatal, o, en sentido lato, la costumbre constitucional (74), es también un elemento interpretativo que la jurisprudencia del BVerfG ha aplicado en el proceso hermenéutico de concreción de las normas constitucionales competenciales (75).

La *Staatspraxis* es aplicada por el Tribunal al lado de la *Entstehungsgeschichte*, u origen de la norma, ampliando, así, la relevancia interpretativa del método histórico. Es decir, por una parte, se tiene en cuenta la génesis de la disposición, y por otra, el uso y la práctica que se ha desarrollado en un determinado sector competencial desde la publicación de la Ley Fundamental. Desde este punto de vista, interpretar bajo los auspicios de la *Staatspraxis* implica interpretar bajo los cánones de los actos que concretan la Constitución; esto es, de los usos que han cristalizado en la actuación de los órganos estatales.

Así, en la sentencia de 9 de mayo de 1972 (76) le fue denegada al *Bund* una competencia concurrente (art. 74.19 GG) para regular la materia «especialidades médicas» en base a los criterios interpretativos de la *Staatspraxis* y de la *Entstehungsgeschichte*. Sobre estos mismos elementos, y partiendo del principio de la presunción de competencias a favor de los *Länder*, en la

(72) BVerfGE 21, 312(325-327), citando la BVerfGE 12, 205(221).

(73) P. LERCHE, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz. Kommentar*, com. art. 83, pág. 25.

(74) Sobre el tema de la costumbre constitucional puede consultarse la monografía de C. WAGNER, *Bonner Grundgesetz und Verfassungsgewohnheitsrecht*, Munich (Diss.), 1963; 83 pp.

(75) Una mención neutra se encuentra en la BVerfGE 26, 338(398) y expresamente aplicado en las BVerfGE 33, 125(152 y ss.); 61, 149(175 y ss.); 72, 303(430 y ss.).

(76) BVerfGE 33, 125(152 y ss.).

sentencia sobre la «*Staatshaftungsgesetz*» de 19 de octubre de 1982 (77) se denegó también una competencia concurrente al *Bund* para regular desde la materia «derecho civil» determinados aspectos de la materia «responsabilidad estatal». Y más recientemente, en la importante sentencia de 24 de junio de 1986 (78) sobre la constitucionalidad de la ley de repartición de la recaudación fiscal del Estado, la *Staatspraxis* sirvió al Tribunal de argumento interpretativo para determinar el alcance del artículo 107.2 de la *Grundgesetz*.

El recurso por parte del BVerfG a este argumento interpretativo ha sido, ciertamente, escaso, pero ello no ha mermado su importancia en el concierto de la interpretación constitucional, y esto es así porque en muchas ocasiones, aunque no ha sido mencionado expresamente, sí que ha sido, implícitamente, aplicado el significado de tal máxima interpretativa.

5. «*Bundestreue*»; «*Bundesfreundliches Verhalten*»

El principio de lealtad al sistema federal constituye uno de los principios constitucionales más representativos del proceso hermenéutico que desarrolla el Tribunal Constitucional en la interpretación de las normas competenciales.

El origen de la *Bundestreue* o *bundesfreundliches Verhalten* se remonta a la práctica política desarrollada en el Estado monárquico y federal del *I Reich*, a la que siguió su construcción doctrinal (79). Reincorporada a partir de 1919 en la praxis estatal de la República de Weimar y acabada ahora de perfilar teóricamente (80), el instituto de la *Bundestreue* continúa siendo hoy, en el Estado republicano de la Alemania Federal, un principio de Derecho constitucional no escrito (81) y apto, desde el punto de vista del BVerfG, para interpretar y concretizar las relaciones entre los *Länder* y el *Bund*.

(77) BVerfGE 61, 149(175 y ss.).

(78) BVerfGE 72, 330(430 y ss.).

(79) De esta época destacan, especialmente, dos aportaciones: R. SMEND, «Un-geschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat», en *Festschrift für O. Mayer*, Tubinga, 1916, recogido posteriormente en *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlín, 1955, pp. 39 y ss., y H. TRIEPEL, *Die Reichsaufsicht. Untersuchung zum Staatsrecht des deutschen Reiches*, Berlín, 1917.

(80) Véanse, por todos, R. SMEND, «Verfassung und Verfassungsrecht», 1928, recogido también en *Staatsrechtliche...*, cit., pp. 119 y ss., y R. BILFINGER, *Der Einfluss der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens*, Tubinga, 1923.

(81) Sobre el valor actual de la *Bundestreue* en la *Grundgesetz* pueden compararse, entre otras, las siguientes obras: H. SPANNER, «Zur Rechtskontrolle des bundesfreundlichen Verhaltens», en *DÖV*, 1961, pp. 481-486; G. KAISER, «Zur Ableitung des Verfassungsprinzips des 'bundesfreundlichen Verhaltens' aus dem Begriff des Bundes-

En una de sus primeras sentencias, en la BVerfGE 1, 299(315), de 21 de mayo de 1952, definía el Tribunal Constitucional Federal a la *Bundestreue* como principio constitucional de la manera siguiente: «Corresponde al principio federal (...) la obligación jurídico-constitucional de que los miembros de la Federación, tanto entre ellos como con la totalidad, e igualmente el *Bund* en relación con los miembros, se guarden fidelidad y se entiendan mutuamente.» Y más adelante establecía, con otras palabras, que en un Estado federal existe «... la obligación jurídica del *Bund* y de todos sus miembros (de observar) un 'comportamiento leal'; es decir, que todos los miembros de esta 'alianza' estén obligados a contribuir a desarrollar conjuntamente la esencia de la misma, a su consolidación, a su defensa y a perseguir los mejores intereses para sus miembros».

El concepto acabado de exponer es posteriormente, en un buen número de nuevas decisiones, concretado y desarrollado (82). Pero el examen de estas sentencias deja entrever que la jurisprudencia del BVerfG sobre la *Bundestreue* no ha sido homogénea, sino que, por el contrario, ha experimentado una evidente evolución.

Desde el inicio de su judicatura hasta aproximadamente el año 1957, la *Bundestreue*, por ejemplo, no es utilizada como argumento principal de la decisión, sino que, tomada ésta en base a las normas constitucionales de re-

staates», en *DÖV*, 1961, pp. 653-658; H. W. MAYER, *Die Bundestreue*, Tubinga, 1961; H. GÖRG, «Die gegenseitige Treupflicht des Bundes und der Länder auf Gebieten des Finanzwesens», en *Festgabe für Heinrich Herrfahrdt zum 70. Geburtstag*, Marburg, 1961, pp. 73-91 (en especial, para la aplicación del principio en el ámbito financiero); M. BULLINGER, «Zum Verhältnis von Bundesaufsicht und bundestreue», en *AÖR*, 1962, pp. 488-495; G. MÜLLER, «Bundestreue im Bundesstaat», en *Führung und Bildung in der heutigen Welt*, Stuttgart, 1964, pp. 213-234; B. KOWALSKY, *Die Rechtsgrundlage der Bundestreue*, Augsburg (Diss.), 1970; T. STEIN, *Amtshilfe in auswärtigen Angelegenheiten*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1975 (en especial para el uso del principio en el ámbito de las competencias de los *Länder* en asuntos internacionales); W. RUDOLF, «Die Bundesstaatlichkeit in der Rechtsprechung des BVerfG», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. II, Tubinga, 1976; H. J. FALLER, «Das Prinzip der Bundestreue in der Rechtsprechung des BVerfG», en *Festschrift für Theodor Maunz zum 80. Geburtstag*, Munich, 1981; J. SCHMIDT, *Der Bundesstaat und das Verfassungsprinzip der Bundestreue*, Würzburg (Diss.), 1967.

(82) Las sentencias en las que el BVerfG, desde el inicio de su judicatura, ha desarrollado el principio de la *Bundestreue* son, entre las más importantes, las siguientes: 1, 117(130); 1, 299(314); 3, 52(57); 4, 115(140); 6, 309(361); 8, 122(138); 11, 6(15); 12, 205(254); 13, 54(75); 14, 197(214); 21, 312(326); 26, 116(137); 29, 221(233); 31, 314(337); 354); 32, 199(227, 238); 34, 9(20, 29, 38, 44); 34, 65(194); 34, 216(232); 35, 257(262); 39, 96(125); 41, 291(308); 42, 103(117); 43, 291(348); 45, 400(421); 55, 274(345); 72, 330(396, 402).

parto competencial, desempeña meramente un papel moderador de las mismas (83). Incluso en esta primera fase, la *Bundestreue* representa un medio interpretativo utilizado exclusivamente en beneficio del *Bund* y no es aplicada en ningún caso a favor de los *Länder*.

Estas dos características reseñadas serán superadas en una segunda fase de evolución jurisprudencial que aproximadamente llegaría hasta 1961. En este nuevo período se da al concepto de la *Bundestreue* su máxima amplitud interpretativa, al mismo tiempo que se perfilan las obligaciones jurídicas que, en concreto, de ella emanan.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal ha sostenido que el principio de lealtad no sólo fundamenta derechos, sino también deberes. Uno de estos deberes consiste en que los *Länder* financieramente más fuertes deben ayudar a los *Länder* financieramente más débiles dentro de un marco establecido. Al lado de esta «prestación de ayuda», el Tribunal reconoce la presencia de una recíproca consideración y entendimiento mutuo, que regiría tanto para las relaciones del *Bund* frente a los *Länder*, para las de éstos frente a aquél, así como para las de los *Länder* entre sí (84). De aquí se deriva, pues, que la *Bundestreue* afecta en primera línea al modo de ejercer las competencias por parte de los *Länder* y por parte del *Bund*, en tanto que lo modula y lo limita (85).

Especialmente en el ámbito de la función pública, el Tribunal ha tenido que recordar en varias ocasiones a los *Länder* su deber de comportamiento leal para con la Federación. En el caso de «la paga de Navidad» (86), aunque se reconoció el derecho de los *Länder* a fijar sus propias remuneraciones extraordinarias, éste se limitó en el sentido de que su actuación debía tener siempre en cuenta la situación financiera global de la Federación y no solamente sus propios efectivos económicos. Y en la misma línea se situaría la sentencia sobre «los salarios de Renania del *NordWestfalia*» (87), en la que de nuevo se reconoce la obligación de los *Länder* de tener en cuenta la situación financiera de toda la Federación al determinar el salario del propio funcionariado. En ambos ejemplos, pues, el Tribunal deriva del principio de la *Bundestreue* la obligación de un recíproco entendimiento y consideración en el ejercicio de las competencias.

También inculcaría, según el Tribunal Constitucional, el mandato de la

(83) Véanse, por ejemplo, BVerfGE 3, 52 y 11, 6.

(84) BVerfGE 1, 117(131), y posteriormente, 39, 96(125) y 49, 291(308).

(85) Así lo afirma expresamente el Tribunal en las BVerfGE 4, 115(140 y ss.); 14, 197(214); 39, 96(125); 41, 291(308).

(86) BVerfGE 3, 52(57).

(87) BVerfGE 11, 6.

lealtad federal una omisión frente a la obligación de actuar para defender el orden constitucional. Tal fue el supuesto de hecho en la célebre sentencia del «referéndum sobre instalación de armas atómicas» (88). Cuando durante la segunda mitad de los años cincuenta se replanteó el tema del rearme de la RFA en el seno de la Alianza Atlántica, algunos municipios socialistas del *Land* de Hessen decidieron realizar referéndums locales sobre las armas atómicas, sin tener competencia alguna sobre la materia «defensa». Consiguientemente, el *Bund* planteó el caso ante el BVerfG por la vía del control abstracto de normas. Y de esta manera constituyó éste el primer supuesto, en el que el principio de lealtad federal es aplicado como argumento básico de la decisión, convirtiendo la facultad del *Land* de Hesse de anular la decisión tomada por sus municipios en un deber, puesto que, como expone la sentencia, los *Länder* tienen la obligación de defender el orden constitucional allí donde el *Bund* no pueda hacerlo de forma directa (recordemos que «defensa» es una materia exclusiva del *Bund* y que la suspensión de acuerdos municipales es también un poder exclusivo de los *Länder*). Por tanto, el BVerfG obliga a los *Länder*, con su decisión, y en la tarea genérica de control municipal, a intervenir en contra de los municipios que con sus medidas hayan socavado las competencias del *Bund*.

Igualmente, el BVerfG ha considerado que en el ámbito de las relaciones internacionales, y en base a la *Bundestreue*, los *Länder* deben observar un comportamiento leal con la Federación. Tal fue el caso que se suscitó con la presentación de un recurso de inconstitucionalidad sobre la prórroga de la vigencia del Concordato con el *Reich* de 1933, y en el que el BVerfG decidió que los *Länder* están obligados a observar los Tratados internacionales que concluya el *Bund* (89).

Pero la amplitud de este mandato interpretativo culminó en la sentencia de la televisión o *Fernsehurteil* de 28 de febrero de 1961 (90). El principio de lealtad vuelve aquí a constituir la propia base de la decisión, pero en este caso a favor de los *Länder*. En este sentido, y por una parte, se pone de manifiesto el carácter bilateral de toda decisión, obligando al *Bund* a no discriminar a los *Länder* por razones políticas en un proceso negociador, y por otra, se extiende la eficacia de esta obligación a todo tipo de relaciones intergubernamentales.

A la vista, pues, de estos ejemplos se desprende que la *Bundestreue* es un deber genérico de comportamiento leal, recíproco entre el *Bund* y los *Länder*,

(88) BVerfGE 8, 122(138).

(89) BVergGE 6, 309(328).

(90) BVerfGE 12, 205(255).

que se concreta, a través de la decisión del Tribunal Constitucional, en la resolución de un conflicto federal. Y desde esta perspectiva, el BVerfG ha subsumido el mandato de lealtad, tanto para el *Bund* como para los *Länder*, en el ámbito de sus negociaciones mutuas, en la esfera de las relaciones internacionales y, sobre todo, en el alcance del ejercicio de sus competencias.

Ahora bien: decíamos que el concepto de la *Bundestreue* no ha tenido un tratamiento unitario en la jurisprudencia del BVerfG. Apuntábamos también que la sentencia de la televisión de 1961 representó el clímax de este principio, en tanto que se interpretó extensivamente en el sentido ya explicado. Y destacábamos que, aproximadamente después de los primeros diez años de judicatura, el BVerfG dio un giro en su jurisprudencia y perfiló el contenido de la *Bundestreue* en el sentido restrictivo, que aún hoy defiende de tal mandato constitucional. Se trata, finalmente, pues, de precisar bajo qué límites y en qué condiciones ha aplicado y sigue aplicando hoy el Tribunal Constitucional Federal, en esta última fase, el principio interpretativo de la lealtad federal.

Sólo un año después de la sentencia sobre la televisión, el Tribunal declaró, en la decisión sobre reorganización territorial de 1962 (91), que «el principio de lealtad federal... constituye o delimita deberes en el seno de una relación jurídica existente entre el *Bund* y los *Länder*, pero no establece de forma independiente relaciones entre ellos». Estos deberes, precisará posteriormente, no tienen por qué ser deberes de carácter constitucional (92).

El cambio jurisprudencial es realmente importante. A la *Bundestreue* se le atribuye, a partir de ahora, una naturaleza jurídica *accesoria*, en el sentido de que por sí misma no puede crear ninguna obligación de actuación, de omisión o de tolerancia por parte del *Bund* o de los *Länder*. Es decir, sólo en el caso de una relación jurídica o de una obligación jurídica preexistente, la *Bundestreue* puede adquirir significado desde la perspectiva de que puede modificarlas o matizarlas con la aportación de nuevas obligaciones colaterales.

Con esto, el significado práctico de la *Bundestreue* en la jurisprudencia del BVerfG se reduce, en el seno de relaciones jurídicas ya determinadas, a ser un límite de los posibles abusos del *Bund* o de los *Länder* en el ejercicio de sus competencias. Con ello también se plantea de forma paralela el problema de cómo es posible determinar la existencia de tal abuso, si se tiene en cuenta que las partes en litigio son siempre sujetos políticos que desarrollan actividades políticas. En otras palabras: queda en el aire cómo se puede

(91) BVerfGE 13, 54(75), y posteriormente, 21, 312(326).

(92) BVerfGE 42, 103(117).

delimitar la frontera entre un abuso jurídico, y, por tanto, justiciable delante del Tribunal Constitucional Federal, y una cuestión política, que tal y como se recordará fue el caso que se le planteó de trasfondo al BVerfG en la sentencia de los referenda sobre instalación de armas atómicas, donde difícilmente puede justificarse una intervención del BVerfG.

6. *La doctrina de las competencias tácitas: «Kraft Sachzusammenhangs», «Annex» y «Kraft Natur der Sache»*

Los últimos criterios o puntos de vista interpretativos de la jurisprudencia del BVerfG que faltarían por exponer, y que se sitúan plenamente en el tema de la calificación material, son los criterios de atribución competencial «por razón de la conexión material» (*kraft Sachzusammenhangs*), «por anexión» (*Annex*) y «por razón de la naturaleza de las cosas» (*kraft Natur der Sache*).

Igual que en otras Constituciones, la *Grundgesetz* procede a una división competencial entre los *Länder* y el *Bund*, de manera tal, que fija las de la Federación, pero no explícita, «no escribe», las de los Estados miembros. Esto obliga al intérprete constitucional a concentrarse, en primer lugar, en la determinación y delimitación de las competencias del *Bund* y, en segundo lugar, en las de los *Länder*, que se deducen por la vía de la sustracción. Y esto ha provocado también que la llamada «doctrina de las competencias no escritas» (*ungeschriebene Kompetenzen*), por «razón de la conexión material» y «por naturaleza de las cosas», se haya desarrollado a la luz de las competencias no escritas del *Bund*, dado que las de los *Länder* son, en todo caso, no escritas en la Constitución. No obstante, *Sachzusammenhang* y *Natur der Sache* son, como la jurisprudencia del BVerfG ha establecido y como mayoritariamente es reconocido por la doctrina (93), criterios constitucionales que concretan y delimitan tanto competencias del *Bund* como competencias de los *Länder*.

Mientras que los criterios *Sachzusammenhang* y *Annex-Kompetenzen* sirven para determinar a qué competencia, sea legislativa sea ejecutiva, se atribuye un tema adscribible a dos o más materiales, el punto de vista *Natur der Sache* se usa esencialmente para determinar si puede derivarse una compe-

(93) Representativamente, véanse M. BULLINGER, «Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat», en *AöR*, 1971, pp. 237-238; MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz. Kommentar*, com. art. 30, pár. 15. Pero, en contra, H. H. KLEIN, *Die Bedeutung des Sachzusammenhangs für die Verfassungsauslegung*, Heidelberg (Diss.), 1961, pp. 39 y ss., donde se considera que tal criterio sirve sólo para delimitar las competencias exclusivas, concurrentes o marco del *Bund*, de manera que sólo mediatamente serviría para delimitar las de los *Länder*.

tencia del *Bund* de la propia dinámica constitucional, sin que aquélla encuentre un fundamento directo e inmediato en otra cláusula competencial. De todas maneras, quede claro que tales criterios no son competencias no escritas o *ungeschriebene Zuständigkeiten*, en el mismo sentido que la costumbre o el Derecho natural tienen como derecho no escrito, sino que, como criterios interpretativos, se definirían y concretarían mucho mejor bajo la expresión *Stillschweigende Zuständigkeiten* o competencias tácitas. Porque a las competencias expresas no pueden oponérsele competencias no escritas, sino competencias tácitas, y, por tanto, lo correcto sería hablar de «competencias expresas escritas» y de «competencias tácitas escritas» [*ausdrücklich (hin)geschriebene Bundeszuständigkeiten und Stillschweigend (mit)geschriebene Bundeszuständigkeiten*] (94). Y la distinción no es trivial si se tienen en cuenta las consecuencias que de cada concepto se pueden derivar: si los criterios de la conexión material, de la anexión y de la naturaleza de las cosas fueran derecho no escrito, en el sentido mencionado, podría también afirmarse que tales criterios son verdaderas cláusulas atributivas de competencias. Si, por el contrario, son considerados derecho escrito, pero tácito, entonces no pueden ser más que puntos de vista o medios para la interpretación de tal derecho.

Y, efectivamente, la discusión en los Estados Unidos sobre los llamados *implied powers* y *resulting power* fue transportada a Alemania como discusión sobre una interpretación en sentido amplio o en sentido restrictivo de las competencias federales, y desde TRIEPEL y ANSCHÜTZ hasta la más reciente literatura doctrinal sobre la «conexión material», la «anexión» y el teorema de «la naturaleza de las cosas» se han entendido no como un derecho no escrito suprapositivo, sino como puntos de vista o criterios bajo los cuales es posible interpretar las cláusulas competenciales de la Constitución (95).

Que ésta sea también la tesis del BVerfG no puede afirmarse en todos los casos en que ha interpretado las normas competenciales recurriendo a estos principios; desde su perspectiva, no obstante, los analizaremos seguidamente.

(94) E. KÜCHENHOF, «Ausdrückliches, stillschweigendes und ungeschriebenes Recht in der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung», en *AöR*, 1957, p. 419.

(95) Así lo afirman, entre otros, H. TRIEPEL, «Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung», en *Festgabe für Laband*, vol. II, 1908, pp. 247 y ss.; ANSCHÜTZ, *Kommentar zur Weimarer Reichverfassung*, 14.ª ed., 1933, pp. 95 y ss. Y en la literatura más moderna, véanse, por ejemplo, E. KÜCHENHOF, *op. cit.*, pp. 413-420; N. ACHTERBERG, «Zulässigkeit und Schranken stillschweigender Bundeszuständigkeiten im gegenwärtigen deutschen Verfassungsrecht», en *AöR*, 1961, pp. 63-94, y del mismo autor, «Die Annex-Kompetenz», en *DÖV*, 1966, pp. 695-701; M. BULLINGER, *op. cit.* en nota 93; H. J. WIPFELDER, «Die Theoreme 'Natur der Sache' und 'Sachzusammenhang' als verfassungsrechtliche Zuordnungsbegriffe», en *DVBl*, 1982, pp. 477-486.

a) *Competencias por razón de la conexión material y por anexión*

a.1) El concepto y las condiciones de aplicación de la conexión material y de la anexión en la jurisprudencia del BVerfG.

A primera vista podría parecer que la jurisprudencia del BVerfG ha dejado acuñado definitivamente, y con motivo del *Baurechtsgutachten* de 16 de junio de 1954 (96), el concepto de la *Sachzusammenhang* o conexión material. En el citado dictamen se establece que «la llamada conexión material es capaz de fundamentar una competencia sólo cuando una materia asignada de forma expresa al *Bund* no puede ser regulada de forma racional sin que, al mismo tiempo, sea corregulada otra materia asignada no expresamente; por tanto, cuando una incursión en una materia no asignada expresamente es condición indispensable para la regulación de una materia asignada al legislador del *Bund*».

No obstante este concepto estricto y bien delimitado de conexión material, definido a través de la fórmula de la *indispensabilidad de la incursión* de facultades del *Bund* en materias de los *Länder*, ha sido aplicado en muy pocas ocasiones, y siempre para denegar una competencia a favor del *Bund*. Así, por ejemplo, en el mismo *Baurechtsgutachten* se denegó una competencia legislativa del *Bund* para regular de forma general el derecho de la construcción en relación con la competencia reconocida en el art. 75.4 de la *Grundgesetz (Bauwesen)*. En la sentencia sobre la televisión o *Fernsehurteil* de 28 de febrero de 1961 (97) sucedió lo mismo en relación con el tema de la creación de una televisión y la competencia en materia de correos y telecomunicaciones del *Bund*. Y, finalmente, en la *Wasserstrassenurteil* de 30 de octubre de 1962 (98) se denegó la conexión entre la regulación del control de la pureza de las aguas con la competencia general atribuida al *Bund* para ordenar el tráfico en aguas interiores. En estos tres casos, el Tribunal ha denegado la atribución de nuevas competencias por faltar la condición de la indispensable que justificaría la incursión en un ámbito competencial no atribuido expresamente.

Pero, como decíamos, el criterio de la conexión material no es un concepto perfilado de forma definitiva en la jurisprudencia del BVerfG. A menudo, especialmente en todos aquellos casos en los que el Tribunal ha reconocido una competencia a favor del *Bund* (*kraft Sachzusammenhang*), no sólo no se menciona la fórmula establecida en el *Baurechtsgutachten*, sino que ade-

(96) BVerfGE 3, 407(421).

(97) BVerfGE 12, 205(237).

(98) BVerfGE 15, 1(20).

más se relativizan las condiciones de su aplicación. Estos serían los casos en los que la condición de la indispensabilidad da lugar a condiciones menos rígidas, que M. BULLINGER denomina «*formelfreier Sachzusammenhang*» (99) o conexión material en formulación libre. Valga como ejemplo la decisión sobre la prescripción de los delitos de prensa (100), en la que la condición de la indispensabilidad de la incursión se transforma en una simple «razón de especialidad».

Por otra parte, existiría un considerable número de casos en los que se producen los mismos efectos que los obtenidos a través de una interpretación basada en el tópico de la conexión material, es decir, en los que sería reconocida una competencia a favor del *Bund* o de los *Länder* no atribuida explícitamente, pero sin que el Tribunal haga un uso expreso de aquél. Estos son los supuestos que M. BULLINGER denomina «*unbenannter Sachzusammenhang*» o conexión material innominada (101). Así, por ejemplo, fue como se atribuyó al *Bund* la facultad para regular la financiación de los costos electorales de los partidos políticos, incluso en caso de elecciones legislativas circunscritas al territorio de los *Länder*, a quienes corresponde la competencia sobre derecho electoral propio, en relación con la competencia de la Federación para regular la materia «partidos políticos» (art. 21 GG) (102). El Tribunal no procedió aquí a realizar ningún análisis sobre una posible conexión de esta materia con una u otra competencia, la del *Bund* y la de los *Länder*; pero el resultado obtenido fue el mismo que si se hubiera aplicado tal principio material.

Y, finalmente, en otras sentencias en las que el BVerfG se ha enfrentado con el tema de la calificación material, el criterio interpretativo aplicado ha sido el criterio de la anexión. Desde esta perspectiva, el Tribunal ha reconocido una anexión, esto es, una atracción por parte de una materia sobre otra, que en realidad no constituye una nueva materia, sino una submateria o una mera actividad instrumental que asegura una preparación o definitiva actuación de la primera, en la BVerfGE 3, 407(433) de 16 de junio de 1954, donde la valoración y la explotación del suelo son consideradas materias no con un fin y ámbito jurídicos propios, sino materias unidas o anexas a la materia general del Derecho del suelo (103). En la sentencia sobre los referenda o *Volks-*

(99) M. BULLINGER, «Ungeschriebene...», cit., p. 242. La mayoría de estos casos coinciden con los que el BVerfGE ha aplicado el principio de la anexión.

(100) BVerfGE 7, 29(38).

(101) M. BULLINGER, «Ungeschriebene...», cit., pp. 244 y ss.

(102) BVerfGE 24, 300(353 y ss.).

(103) Compárese también con la BVerfGE 56, 249, donde queda muy clara la naturaleza accesoria de la expropiación.

befragungsurteil, de 30 de julio de 1958 (104), el Tribunal afirma que las leyes sobre referéndum deben ser calificadas según el ámbito material al cual se refieran en tanto que no constituyen una materia independiente, sino anexa, en el sistema de división competencial. En la BVerfGE 8, 1043(149) de 29 de abril de 1958 (105), el BVerfG considera que sólo las disposiciones dirigidas a regular la seguridad y el orden públicos pueden constituir un ámbito material propio y, en este sentido, fundamentar una competencia independiente: pero aquellas normas que hagan referencia a la seguridad y al orden públicos en relación con la ejecución de otra materia no pueden fundamentar ninguna competencia independiente y, por tanto, deberá considerárselas anexas a la competencia del legislador que regule la materia principal. Y, por último, en la más reciente BVerfGE 42, 20(35) se considera la regulación de la responsabilidad por daños en las carreteras públicas una materia no independiente y, consiguientemente, anexa a la competencia legislativa de cada órgano en materia de carreteras.

De todas maneras, la naturaleza jurídica del criterio interpretativo material de las *Annex-Kompetenzen* ha provocado una fuerte discusión doctrinal. En un extremo de la polémica se situaría la tesis de T. MAUNZ (106), para quien las competencias anexas representan una categoría independiente de las competencias por conexión material; porque mientras estas últimas suponen una ampliación de competencias, en el sentido de una atribución competencial no fundamentada expresamente, las primeras provienen de una atribución expresa en los estadios de la preparación (*Vorbereitung*) y de la ejecución (*Durchführung*) de otra materia. Por tanto, las competencias anexas supondrían una extensión en un plano vertical, y las competencias por conexión material permitirían una extensión en un plano horizontal, incorporando materias no puramente instrumentales (107). En cambio, una posición mixta sería la de N. ACHTERBERG (108), al defender la posibilidad de contemplar el criterio de las competencias anexas, tanto como una competencia tácita participe de las características del criterio de la conexión material

(104) BVerfGE 8, 104(110-111).

(105) Véanse también en este sentido las BVerfGE 33, 206(217) y 41, 344(355).

(106) T. MAUNZ, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz. Kommentar*, com. art. 70, par. 32.

(107) En este sentido, también R. STETTNER, *op. cit.*, pp. 430-434, que defiende, además, la necesidad de solidificar la doctrina de las competencias anexas y rechaza el uso del criterio de las competencias por conexión material sustituible, según este autor, por los elementos tradicionales de la interpretación, en especial a través de una interpretación sistemática.

(108) N. ACHTERBERG, «Die Annex-Kompetenzen», *cit.*, pp. 697-698.

(cuando actúa como criterio interpretativo), como partícipe, entre otros casos, de las características del teorema de la naturaleza de las cosas (cuando actúa analógicamente). Y, finalmente, en el otro extremo se encontraría la postura de M. BULLINGER (109), quien se muestra totalmente escéptico ante la posibilidad de diferenciar un supuesto de conexión material y un caso de atribución competencial por anexión. Para BULLINGER, las competencias anexas no serían más que conexiones materiales en formulación libre o «*formelfreier Sachzusammenhang*», a las que ya nos hemos referido, y en las que el BVerfG sustituye la condición de la indispensabilidad por la de una mera necesidad.

a.2) El reconocimiento de competencias por razón de la conexión material tanto a favor del *Bund* como a favor de los *Länder*. Criterios que informan la jurisprudencia del BVerfG en cada caso.

Bajo la Constitución del *Reich* de 1871 y la Constitución de Weimar de 1919, tanto la doctrina como la jurisprudencia operaron con el criterio de la conexión material desde un punto de vista unilateral, en la medida que se aplicó para una interpretación en sentido amplio de las competencias legislativas y ejecutivas del *Reich*. Las competencias de los *Länder* no fueron entonces nunca interpretadas desde el prisma de este concepto.

Contrariamente, y a menudo, la praxis del BVerfG ha demostrado que se aparta de sus precedentes en la aplicación de este principio hermenéutico. En las sentencias *Pressdeliktsurteil* (110) y *Wasserstrassenurteil* (111), por ejemplo, el Tribunal examinó la estructura material de ambos ámbitos competenciales para determinar en cuál de los dos, el del *Bund* o el de los *Länder*, se presentaba con más fuerza la conexión material. Es decir, el criterio de la conexión material es utilizado por el Tribunal para examinar sobre cuál de entre varias competencias se produce una conexión más fuerte. Puede, pues, afirmarse que hoy la ambivalencia de tal criterio, esto es, el necesario examen paralelo de las dos competencias, queda fuera de discusión.

Al hilo de esta constatación, correspondería aquí nuevamente destacar la interrelación entre este punto de vista interpretativo y el criterio material, anteriormente ya expuesto, de la necesidad de protección de las competencias de los *Länder*. El BVerfG se ha mostrado sensible, en varias ocasiones, ante la necesidad de una protección de la efectiva estatalidad de los *Länder*, y así ha exigido para reconocer al *Bund* una competencia por conexión material: la condición de la indispensabilidad, como en el *Baurechtsgutachten*; mientras

(109) M. BULLINGER, «Ungeschriebene...», cit., pp. 243 y ss. Y en este sentido, también I. VON MÜNCH, *Grundgesetz. Kommentar*, com. art. 70, p. 20.

(110) BVerfGE 7, 29(38).

(111) BVerfGE 15, 1(20).

que en las sentencias sobre delitos de prensa y sobre la televisión (112) acepta tal conexión a favor de los *Länder*, con la exigencia de una mera preponderancia o necesidad. No obstante, si éste era el resultado que cabría esperar de la interrelación de ambos principios, de la jurisprudencia citada puede ya deducirse que éste no ha sido un resultado ininterrumpido hasta hoy. Recordaremos, en este sentido, todos los casos de conexión material «en formulación libre» a favor del *Bund* y los casos de «conexión innominada», a los que anteriormente nos hemos referido; en ellos, el criterio interpretativo de la protección de las competencias de los *Länder* no ha formado parte del proceso hermenéutico llevado a cabo por el Tribunal Constitucional Federal (113).

Pero más peligroso resultaría incluso cuando el Tribunal aplica el criterio de la conexión material sin citarlo expresamente, obteniendo los mismos resultados que si lo hubiera aplicado, y sin tener tampoco en cuenta ni los límites de su ambivalencia ni el principio de la necesidad de protección de las competencias de los *Länder*. Esto se ha producido, especialmente, en aquellos casos en que la *Grundgesetz* procede a enumerar competencias contempladas también en las Constituciones de 1871 y 1919. En tales supuestos, el Tribunal interpreta la competencia históricamente y le atribuye el alcance que antaño le fue adjudicado. El ejemplo más evidente nos lo ofrece la sentencia sobre infracciones reglamentarias de 16 de julio de 1969 (114), en la que el Tribunal afirma que no existe ningún indicio en el caso que se enjuicia para determinar que el *Parlamentarische Rat*, esto es, que el constituyente, hubiera entendido la materia «Derecho penal» en un sentido distinto al que fue defendido por la doctrina de la época de Weimar. Y de esta manera, el BVerfG olvida que en la BVerfGE 26, 246(257-258) de 25 de junio de 1969, y a la luz de lo que disponen los artículos 30 y 70 de la *Grundgesetz*, había corregido ya tal doctrina.

Podríamos concluir con BULLINGER (115) que los criterios de la jurisprudencia del BVerfG para reconocer una competencia a favor del *Bund* o a favor de los *Länder* a través del punto de vista interpretativo de la conexión material pueden operar desde diferentes perspectivas: a través de un análisis

(112) Que se corresponden con las reiteradas BVerfGE 7, 29 y 12, 205, respectivamente.

(113) Tal resultado es del todo evidente en la ya citada BVerfGE 24, 300(353-354), sobre pago de los costes electorales.

(114) BVerfGE 27, 18(32); anteriormente, BVerfGE 26, 338(370 y ss.); 23, 113(123); 11, 234(237). Y posteriormente, en la BVerfGE 61, 149(175), donde se mencionan expresamente la «tradición» y la *Staatspraxis*.

(115) M. BULLINGER, «Ungeschrieben...», cit., pp. 259-260.

estructural de las competencias en litigio, intentando averiguar sobre cuál de ellas recae la proximidad material más fuerte; desde el punto de vista que se desprende del orden fundamental de la *Grundgesetz* de la necesidad de protección de las competencias de los *Länder*, o, finalmente, desde el criterio de una continuidad de la distribución competencial, contemplada históricamente.

a.3) Aproximación a una clasificación de las diferentes funciones del criterio de la *kraft Sachzusammenhang* en la jurisprudencia del BVerfG.

De una aproximación global a las sentencias del BVerfG, donde directa o indirectamente ha decidido, con ayuda del criterio de la *kraft Sachzusammenhang*, puede derivarse una clasificación de las distintas funciones, o en palabras de BULLINGER, «formas de aparición» (116) de la conexión material en la jurisprudencia del BVerfG. No obstante, es de advertir la imposibilidad que representa intentar trazar una frontera clara entre unos y otros criterios, dado que son conceptos imprecisos en sus límites y contornos exteriores.

Con las puntualizaciones expresadas, el criterio de la conexión material ha desarrollado en la jurisprudencia del BVerfG las siguientes funciones: atribución de una competencia instrumental (1); atribución de competencias para un fin colateral y subordinado a otra competencia (2); atribución de competencias para regulaciones especiales (3), y atribución de una competencia que se interfiere en otra estrechamente unida desde un punto de vista material (4).

1. *Las competencias instrumentales o competencias anexas*, como el BVerfG ha querido denominar, son, como hemos visto, aquellas que regulan materias dependientes y subordinadas a otras materias jurídicas, pero que no forman por su naturaleza ningún ámbito competencial expresamente determinado. Un ejemplo claro de este tipo de atribución sería el que aporta la reciente sentencia de 9 de diciembre de 1987 (117), que atribuye al *Bund*, vía artículo 84.1 de la *Grundgesetz*, una competencia para asignar tareas a los municipios en materia urbanística, como asuntos administrativos propios, cuando se trate de una regulación anexa puntual sobre una materia competencial del *Bund* y cuando esta regulación anexa sea necesaria para una eficaz ejecución de las disposiciones materiales de la ley.

2. *Las competencias para fines colaterales subordinados* se atribuyen por conexión material cuando el Tribunal adjudica completamente una facultad a la competencia del *Bund* o de los *Länder*, aunque con ello se afecten aspec-

(116) Partimos aquí de la clasificación elaborada por M. BULLINGER, «Ungeschriebene...», cit., pp. 260-267, reelaborada por H. J. WIPFELDER, *op. cit.*, pp. 480-482.

(117) BVerfGE 2, BvL 16/84, no publicada todavía en la colección de sentencias, y en la que se cita también expresamente la BVerfGE 22, 180(209).

tos de otros ámbitos competenciales; éstos tienen un significado secundario y son valorados competencialmente como irrelevantes. Así, por ejemplo, a la BVerfGE 28, 119(147) de 18 de marzo de 1970, el BVerfG atribuye plenamente a los *Länder* la facultad legislativa sobre casas de juego (*Spielbankengesetz*), porque, en su opinión, los fines de la protección de la ordenación laboral y económica representan, en este caso, materias periféricas y secundarias que no justificarían por sí mismas un desdoblamiento competencial (118).

3. *Las competencias sobre regulaciones especiales* se atribuyen por el BVerfG cuando, en un ámbito concreto, se produce la necesidad de dictar reglamentaciones especiales, siempre que las características de la materia lo permitan, y a pesar de que pertenezca y sea ejercida, en circunstancias normales, por otro título competencial. Un ejemplo de este tipo de atribución lo ofrecería la ya mencionada facultad del legislador de los *Länder*, por conexión material, para regular de la forma especial la prescripción de los delitos de prensa, considerada como una institución específica del derecho de prensa, que en este caso se sustrae de la materia «derecho penal» (119).

4. Por último, destacaría una serie de casos en los que la atribución competencial se produciría en base a una *incardinación, sobreposición o interferencia entre materias*. En realidad, se trataría de todos aquellos supuestos en los que una materia asignada de forma expresa al *Bund* (o a los *Länder*) no puede ser regulada racionalmente sin que, al mismo tiempo, sea corregulada otra materia atribuida implícitamente. Es decir, cuando una incursión en una materia no asignada expresamente es condición indispensable para la regulación de una materia atribuida de forma expresa. Una tal atribución (*kraft Sachzusammenhang*) fue negada al *Bund* en el *Baurechtsgutachten* (120), al constatar el BVerfG la falta de la condición de la indispensabilidad.

b) *Competencias por razón de la naturaleza de las cosas*

b.1) El concepto del teorema «Naturaleza de las cosas» en la jurisprudencia del BVerfG.

El concepto del BVerfG sobre el reconocimiento de competencias por naturaleza de las cosas no es tampoco fácil de determinar a causa de las vacilaciones y oscilaciones que en su jurisprudencia presenta.

En el *Baurechtsgutachten* apuntaba ya el Tribunal que los artículos 30 y 70 de la *Grundgesetz* (cláusulas generales de reconocimiento de competencias a favor de los *Länder*) no impedían el reconocimiento de facultades del

(118) BVerfGE 28, 119(145).

(119) BVerfGE 7, 29(38 y ss.).

(120) BVerfGE 3, 407(419-421).

Bund que «resultasen directamente de la esencia y de la organización constitucional de la Federación (tareas naturales del *Bund*)» (121). Por tanto, y por vez primera, se reconoce discretamente la posible existencia de funciones que por antonomasia o esencia pertenecen al *Bund*, derivadas de la concreta configuración organizativa de la Ley Fundamental.

Seis años más tarde, en la sentencia sobre los trabajadores de correos o *Postarbeiterurteil* de 10 de mayo de 1960 (122), y retomando la fórmula acuñada por ANSCHÜTZ (123), el BVerfG afirmaría que «una competencia por naturaleza de las cosas se fundamenta en un precepto no escrito, que por ello no necesita un reconocimiento expreso a través de la Constitución del *Reich*; así, ciertos ámbitos materiales pueden ser regulados por el *Reich* y sólo por él, porque éstos son, por su naturaleza, asuntos propios del *Reich*, sustraídos *a priori* de la competencia legislativa particular». Y a continuación afirma, con sus propias palabras, que «las conclusiones de la naturaleza de las cosas deben ser conceptos necesarios y deben ofrecer necesariamente una determinada solución bajo exclusión de otras posibilidades de solución adecuadas».

De estas dos citas, la que el BVerfG retoma de ANSCHÜTZ y la suya propia, que la complementa, se desprende que el Tribunal sostiene la existencia de una predeterminada estructura fundamental del Estado federal y, consiguientemente, de una predeterminada distribución competencial, que sin ser derecho positivo, informarían el orden federal concreto y actual; por tanto, se desprende también que el que se defiende es una naturaleza apriorística y atemporal del Estado federal.

Por todo ello, en las sentencias del BVerfG, en las que se reconoce una competencia por naturaleza de las cosas, no queda claro si el Tribunal ha entendido el teorema como un medio de ayuda para la interpretación de la Ley Fundamental, como concreta y particular Constitución federal, con un determinado orden competencial, o si bien, por el contrario, ha utilizado el principio como medio de reconocimiento de la estructura del Estado federal entendido como tipo abstracto ideal (124).

(121) BVerfGE 11, 89(98 y ss.). Y se repite el mismo concepto en las BVerfGE 12, 205(251) y 22, 180(216).

(123) ANSCHÜTZ, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. I, Tubinga, 1930, p. 367.

(124) Así, por ejemplo, en el *Baurechtsgutachten* [3, 407(427-428)] se reconoce al *Bund* una competencia por naturaleza de las cosas exclusiva y plena para una planificación territorial sobre la totalidad del Estado, mientras que la *Grundgesetz*, como Constitución federal concreta, atribuye al *Bund* la ordenación territorial en el artículo 75.4 bajo el título competencial marco. Pero, por contra, en el *Wasserstrassenurteil* [15, 1(24)] deniega al *Bund* una competencia por naturaleza de las cosas porque de la interpretación de las disposiciones competenciales resulta evidente la existencia de una

b.2) Condiciones de la jurisprudencia del BVerfG para reconocer una competencia por naturaleza de las cosas.

El reconocimiento de competencias a favor del *Bund* por naturaleza de las cosas no ha planteado ningún problema en la regulación de temas tales como la bandera, símbolos y determinación de la capital de la Federación, sede del Gobierno y organización de los órganos federales (125); es decir, en temas que hacen referencia a la propia organización del *Bund*. Doctrina y jurisprudencia han reconocido de común acuerdo que «por naturaleza de las cosas» corresponde al *Bund* en exclusiva su ordenación.

En cambio, los problemas se han planteado al tratar de concretar la segunda parte de la definición del concepto *kraft Natur der Sache*, que el BVerfG exponía en la BVerfGE 11, 89(98 y sig.). Recordaremos que el Tribunal afirmaba que «las conclusiones de la naturaleza de las cosas deben ser conceptos necesarios y deben ofrecer necesariamente una determinada solución bajo exclusión de otras posibilidades de solución adecuadas». Inmediatamente, pues, surge la cuestión de cuáles son estas posibilidades de solución adecuadas cuya presencia impediría la aplicación del principio interpretativo de la naturaleza de las cosas.

En este sentido, parece que el BVerfG tiende a la inaplicación de este principio cuando, a pesar de que una materia presente un carácter «suprarregional», varios *Länder* o todos los *Länder*, de común acuerdo, puedan actuar, obteniendo los mismos resultados que si se atribuyese al *Bund* la competencia, por razón de la naturaleza de las cosas, dada la presencia de la «suprarregionalidad».

Tal tesis encuentra su punto de partida práctico en la decisión de 15 de marzo de 1960 (126), en la que el Tribunal se enfrenta con un posible reconocimiento de una competencia ejecutiva por razón de la naturaleza de las cosas a favor del *Bund*. Aquí, el Tribunal estableció que tal reconocimiento sólo sería posible si la ejecución de las leyes federales a través de la Administración de los *Länder* condujese a resultados no adecuados. Entonces, y sólo en este caso, sería atribuida la competencia al *Bund*. Pues bien, este nuevo planteamiento es importante por dos motivos: por una parte, porque cues-

competencia de los *Länder*. Por tanto, mientras que en el primer caso se hace referencia a una fórmula apriorística de reparto competencial por naturaleza de las cosas, en el segundo el teorema se convierte en un medio de ayuda para solucionar las cuestiones que se plantean en la interpretación de las normas competenciales de la *Grundgesetz*.

(125) BVerfGE 3, 407(421-422).

(126) BVerfGE 11, 6(17).

tiona la idea de la «suprarregionalidad» (127), y por otra, porque se trabaja por primera vez bajo la perspectiva de una coordinación de los *Länder* como alternativa a una competencia del *Bund* por razón de la naturaleza de las cosas, competencia, pues, que sólo resultaría posible cuando el fin administrativo no pudiera satisfacerse de manera alguna a través de una ejecución común de los *Länder*.

La posibilidad de una colaboración entre los *Länder* como contrapunto a una competencia natural del *Bund* volvió a esgrimirse como tesis en la sentencia sobre la televisión o *Fernsehurteil* (128). De todas maneras, ello no impidió que, un tiempo después, en la sentencia que decidía sobre la constitucionalidad de la Ley de Bienestar de la Juventud (129), el Tribunal retomase el argumento de la efectividad en los asuntos «suprarregionales», sin ni tan sólo considerar la posibilidad de una colaboración conjunta del *Bund* y de los *Länder*, tal y como en la práctica política este tema se había desarrollado hasta entonces (130). No obstante, en el volumen 41 se evidencia de nuevo un retorno a la anterior línea jurisprudencial (131); en esta decisión, que constituye una de las últimas en que se ha pronunciado sobre el tema, deniega al *Bund* una competencia administrativa por razón de la naturaleza de las cosas y atribuye a los *Länder* tal facultad.

En casi cuarenta años de judicatura, pues, la posible aplicación del principio de la naturaleza de las cosas se ha planteado en un escaso número de sentencias, la mayoría de las cuales han denegado, en base a la consideración de su subsidiariedad, un reconocimiento de competencias a favor del *Bund*.

IV. A MODO DE CONCLUSION:

EL EJEMPLO DE LA CALIFICACION COMPETENCIAL DE LAS MATERIAS

En las páginas que anteceden hemos tratado de sistematizar el método interpretativo del BVerfG en la resolución de los conflictos federales entre el

(127) El concepto de «suprarregionalidad» es aplicado en otras sentencias de forma explícita, pero sin hacer una referencia paralela al principio de la naturaleza de las cosas. Compárense, por ejemplo, las BVerfGE 22, 180(217) y 41, 378(398).

(128) BVerfGE 12, 205(251-252).

(129) BVerfGE 22, 180(217).

(130) Véanse los convenios entre el *Bund* y los *Länder* que ponen como ejemplo H. SCHNEIDER, *VVDStRL*, vol. 19, 1961, p. 69, y GRAWERT, *Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der BRD*, 1967, p. 326, citados en M. BULLINGER, «Ungeschriebene...», cit., p. 276, nota 144.

(131) BVerfGE 41, 298(312). También se niega la competencia al *Bund* en las ya citadas BVerfGE 12, 205(251 y ss.); 15, 1(16) y 26, 246(257).

Bund y los *Länder*, describiendo los elementos formales y materiales que intervienen en este proceso hermenéutico. Pues bien: ahora se trataría de retomar todos estos datos y, a modo de conclusión, aplicarlos a un ejemplo práctico.

Desde esta perspectiva, el sistema de calificación de las materias que se contienen en las listas de distribución competencial de la Ley Fundamental se ha convertido en un campo especial de aplicación del método interpretativo del BVerfG. Y es por ello que este tema se convertirá seguidamente en nuestro ejemplo y a su vez en nuestra conclusión.

1. *Los problemas que «a priori» se suscitan en el tema de la calificación competencial de las materias*

Los puntos de vista materiales y formales que el BVerfG utiliza en el proceso interpretativo encuentran, como decíamos, un campo especial de aplicación en el ámbito de la calificación competencial de las materias. No obstante, las dificultades surgen aquí una detrás de otra.

Las causas de tales dificultades son múltiples. Problemático ya es, para empezar, cómo la *Grundgesetz* procede a relacionar las listas de materias: en ocasiones, la norma señala un campo muy amplio (por ejemplo, el artículo 74.11: legislación en materia de economía), y en otras, un campo muy puntual y concreto (por ejemplo, el art. 74.10a: legislación sobre tumbas de los caídos de guerra); otras veces se hace referencia a categorías jurídicas (por ejemplo, el art. 74.1: derecho civil) y otras a categorías técnicas generales (por ejemplo, el art. 74.11a: producción y aprovechamiento de la energía nuclear); y generalmente se menciona el objeto a regular, pero, esporádicamente, se establece incluso el modo de cómo debe regularse (por ejemplo, el artículo 74.16: prevención del abuso del poder económico).

Esta variedad en la descripción de las materias se ha combinado con la creencia por parte del BVerfG de la perfección y completud del catálogo competencial (132), creencia que, en la práctica, ha tenido que rectificar.

Y todos estos fenómenos se agravarían por el hecho de que la determinación del alcance de las materias detalladas en los artículos 73 y ss. de la Ley Fundamental depende, en gran medida, del determinado desarrollo político, técnico y socioeconómico de cada momento histórico.

Si a esto se le suma que el concepto de calificación material no es un concepto que se encuentre arraigado en la doctrina, y una prueba de ello es

(132) BVerfGE 15, 1(15).

que no existe ningún estudio general sobre la cuestión, sino sólo escasas aportaciones parciales sobre materias concretas, las dificultades para sistematizar la jurisprudencia del BVerfG en este tema se sobreponen una detrás de otra. La praxis del Tribunal Constitucional Federal es, en este caso, un reflejo de los problemas que *a priori* quedan planteados (133).

2. La jurisprudencia del BVerfG ante el problema de la calificación competencial de las materias

El problema de la calificación competencial se le presentó al BVerfG, por primera vez, en el *Baurechtsgutachten* (134). Aunque en esta decisión la cuestión fue abordada de forma colateral, representó el punto de partida de la doctrina de las competencias tácitas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; aquí se establecieron los criterios formales de conexión material y de naturaleza de las cosas.

La primera sentencia en la que el problema de la calificación competencial se transformó en la cuestión principal de la decisión fue en la BVerfGE 7, 29(38) de 4 de junio de 1957. En ella, el Tribunal calificó la materia «prescripción de los delitos de prensa» como materia perteneciente a la legislación sobre prensa (art. 75.2 de la GG, legislación marco) y no como materia regulable a través de una potestad concurrente del *Bund* reconocida en el artículo 74.1 de la *Grundgesetz*, para legislar sobre Derecho penal. La ubicación de esta materia en uno u otro artículo no es ningún tema trivial si se tienen en cuenta las distintas consecuencias que se derivan de que el *Bund* ejerza una potestad concurrente o, por el contrario, pueda dictar sólo leyes marco en un ámbito determinado.

Los argumentos del BVerfG para calificar esta materia como materia incardinable en la legislación sobre prensa y no en la de Derecho penal se concretan en dos puntos de vista interpretativos: el histórico y el sistemático. El recurso a los elementos históricos le permiten al Tribunal establecer una línea jurisprudencial continuadora de la regulación establecida durante el

(133) R. STETTNER, *op. cit.*, p. 413.

(134) BVerfGE 3, 407(419-421) de 16 de junio de 1954. El *Baurechtsgutachten* no es una sentencia, sino un dictamen del BVerfGE dictado en virtud de la facultad que le reconocía el ya desaparecido artículo 97 de la BVerfGE, en el que se establecía: «1) El *Bundestag*, el *Bundesrat* y el *Bundesregierung* pueden solicitar, con una petición común al BVerfG, la emisión de un dictamen sobre una determinada cuestión constitucional. 2) El mismo derecho corresponde al *Bundespräsident*. 3) El dictamen se emite por el pleno del BVerfG.»

período de Weimar. Con los elementos sistemáticos llega al mismo resultado, al establecer que las disposiciones de los artículos 74 y 75 de la *Grundgesetz* no pueden ser determinados en abstracto, sino que, por el contrario, «su delimitación deriva de la totalidad de estos artículos, de manera que, por ejemplo, el objeto que pueda ser ordenado tanto bajo una calificación general como bajo una calificación especial, sólo lo será bajo la disposición especial» (135).

Sin embargo, el criterio de una conexión material en base al principio de especialidad de las materias no ha sido una constante en la jurisprudencia del BVerfG. En la BVerfGE 36, 193(202) de 28 de noviembre de 1973, y ante un supuesto de hecho parecido al anterior, puesto que se trataba de determinar si la materia «escusa de testimonio de los miembros de la prensa» era subsumible en la materia «Derecho penal» o en la materia «legislación sobre prensa», el Tribunal calificó la materia en un sentido totalmente contrario a como lo hizo en la decisión anterior; de esta manera, ubicó la regulación de la «excusa de testimonio de los miembros de la prensa» bajo la potestad concurrente legislativa del *Bund* para regular el Derecho penal. El motivo central de esta decisión es la negación de la existencia de las llamadas «competencias dobles» o, en terminología alemana, *Doppelzuständigkeiten*. Desde esta perspectiva, el Tribunal afirmó que «una competencia doble, en base a la cual el *Bund* y los *Länder* pudiesen regular el mismo objeto de maneras diferentes, sería extraña al sistema competencial de las normas constitucionales, y no sería compatible con su propia función delimitadora» (artículo 70.2 GG) (136).

Pues bien, si la aplicación por parte del BVerfG del principio de la especialidad para evitar un solapamiento de materias podía, en un principio, inducir a creer que indirectamente se estaba aceptando la posibilidad de supuestos de doble competencia, queda claro, a partir de esta última sentencia,

(135) BVerfGE 7, 29(44).

(136) BVerfGE 36, 193(202-203), y más recientemente se ha vuelto a pronunciar en el mismo sentido en la BVerfGE 61, 149(204). Sin embargo, esta posición del BVerfG de rechazo de la posible existencia de competencias dobles se ha visto sometida a una fuerte crítica doctrinal; especialmente, C. PESTALOZZA («Thesen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation von Gesetzen im Bundesstaat», en *DÖV*, 1972, pp. 189 y ss.) ha puesto de manifiesto la incompatibilidad que supone defender el dogma de la completud de las normas competenciales, punto de partida del Tribunal, y no aceptar simultáneamente la posible existencia de competencias doble entre el *Bund* y los *Länder*. Para PESTALOZZA, en cambio, la presencia de *Doppelzuständigkeiten* sería imaginable en un sistema competencial como el alemán, y el conflicto que en tales casos se produciría debería resolverse no con la aplicación del artículo 70.2 de la GG, como propone el Tribunal [BVerfGE 36, 193(203)], sino con una aplicación directa del artículo 31 de la GG («El derecho del *Bund* 'rompe' el derecho de los *Länder*»).

que el Tribunal Constitucional Federal parte de la coherencia del ordenamiento en base a la división competencial que establece el artículo 70.2 de la *Grundgesetz*. Por este motivo, la doctrina de las competencias tácitas constituirá, a partir de este momento, su punto de referencia básico en la interpretación del alcance de los diferentes ámbitos competenciales materiales.

Sin embargo, en la mayoría de las sentencias posteriores, el criterio de la conexión material y el de la naturaleza de las cosas han sido aplicados bajo condiciones muy distintas a las que en un principio dejó establecidas en su jurisprudencia. En ellas se calificará la materia atendiendo a criterios tales como «mediatez» o «inmediatez» sobre el contenido de una determinada regulación (137), o «fin principal» y «fin colateral» (138). Y en otras ocasiones ha establecido que una materia debe ser regulada de forma «exclusiva» (139), «como tal» (140) o como «reflejo» (141). Son éstos casos en los que la conexión material es aplicada en formulación libre o de forma innominada, como ya ha quedado expuesto en otro lugar. Y desde estos puntos de vista es como el Tribunal Constitucional ha resuelto mayoritariamente la cuestión de la calificación material.

Así, la facultad contemplada en el artículo 74.11 de la GG comprende la regulación de la totalidad de la materia «artesanía»; por tanto, el seguro de vejez de los desollinadores pertenece necesariamente a la materia «derecho económico» y no a la materia «seguros sociales» (142). La competencia exclusiva del *Bund* sobre correos y telecomunicaciones, reconocida en el artículo 73.2 de la GG, no comprende la totalidad de la materia «televisión» (143); de los artículos 21.3 (partidos políticos), 73.1 (asuntos exteriores), 73.9 (propiedad industrial; derechos de autor), 73.10 (cooperación entre el *Bund* y los *Länder*), 74.21 (servicio meteorológico) y 74.22 (tráfico por carretera) de la GG podrían desprenderse determinadas competencias del *Bund* sobre la regulación de aspectos parciales o cuestiones jurídicas puntuales de la materia «televisión»; estas materias se relacionarían con la materia «televisión» a través del principio de la conexión material, pero ello no implica que el *Bund* esté facultado para legislar sobre la creación de nuevas emisiones televisi-

(137) El criterio de la inmediatez es utilizado en las BVerfGE 8, 104(116 y ss.); 8, 143(148 y ss.); 9, 185(189); 13, 181(196); 26, 281(98); 28, 11(149); 29, 402(409); 34, 139(144); 36, 193(205).

(138) Bajo este criterio ha procedido en las BVerfGE 8, 143(148 y ss.); 13, 181(196 y ss.); 13, 367(371 y ss.); 14, 76(99).

(139) BVerfGE 33, 206(217).

(140) BVerfGE 8, 143(148 y ss.); 29, 402(409).

(141) BVerfGE 28, 119(149).

(142) BVerfGE 1, 264(272).

(143) BVerfGE 12, 205(231).

vas (144). Sólo determinados aspectos de la competencia sobre programación televisiva han sido adjudicados al *Bund* por la vía de su competencia sobre la materia «partidos políticos». El Tribunal ha ampliado la competencia del *Bund*, reconocida en el artículo 21.3 de la GG, a la legislación para regular el pago de los costes electorales a los partidos políticos, incluso en los casos de elecciones legislativas en los *Länder*; y ello porque el sufragio de los costes electorales no pertenece a la materia «derecho electoral» (competencia exclusiva de los *Länder*), en la que se comprendería sólo la regulación de las disposiciones sobre preparación, organización, realización y examen de las elecciones, sino en la materia «derecho de los partidos políticos» (145). El derecho del *Bund* para regular las vías marítimas federales como vías de tráfico, reconocido en el artículo 74.21 de la GG, no comprende en general ninguna competencia económico-marítima, pero sí facultades sobre regulaciones específicas en interés de la navegación, incluso cuando se interfieran en el ordenamiento marítimo-económico (146). La facultad de los *Länder* para regular las tasas administrativas se extiende a los correos y a los ferrocarriles federales; las competencias del *Bund* reconocidas en los artículos 73.6 y 73.7 de la GG no contienen la facultad de regular autónomamente el pago de tasas para actos oficiales de los organismos administrativos de los *Länder* ocasionados a través de los correos o ferrocarriles federales (147). La competencia del *Bund* sobre ferrocarriles federales debe interpretarse extensivamente; en ella se comprende también la facultad de regular la planificación, construcción y modificación de vías férreas que se crucen con carreteras de los *Länder*, así como el procedimiento administrativo de tal planificación (148). A los *Länder* les es atribuida la competencia sobre casinos, por conexión con la materia de seguridad pública, porque la ordenación laboral y económica serían, en este caso, materias periféricas y secundarias que no justificarían un desdoblamiento competencial (149). Y muy recientemente se ha atribuido una competencia al *Bund*, vía artículo 84.1 de la GG, para asignar tareas a los municipios en materia urbanística como tareas administrativas propias, cuando se trate de una regulación anexa puntual sobre una materia competencial del *Bund* y cuando esta regulación anexa sea necesaria para una ejecución eficaz de las disposiciones materiales de la ley (150).

(144) BVerfGE 12, 205(241).

(145) BVerfGE 24, 300(353).

(146) BVerfGE 15, 1(22).

(147) BVerfGE 26, 281(298).

(148) BVerfGE 26, 338(370).

(149) BVerfGE 28, 119(145-147).

(150) BVerfGE de 9 de diciembre de 1987, 2 BvL 16/84, no publicada aún en la colección oficial de sentencias.

Las sentencias hasta aquí reseñadas son sólo una muestra de cómo ha aplicado el BVerfG la doctrina de las competencias tácitas en el tema de la calificación competencial de las materias. En algunos casos, la materia no se asigna globalmente, sino puntualmente, instrumentalmente, por anexión. En otros se aplica formalmente una conexión material. Y en la mayoría de ellos no se menciona la condición de la «indispensabilidad de la incursión», pero se asigna globalmente una materia y se llega a los mismos resultados prácticos que con una conexión material de carácter formal. Ciertamente, el criterio básico que en el fondo preside todo este proceso no es más que un criterio de eficacia: a través de la indagación del fin de una norma (del fin único o del fin principal) y a través de su subsunción directa bajo un específico tema competencial califica el Tribunal las materias.

A la vista de los mecanismos reales que se accionan en este proceso de calificación competencial de las materias, resulta evidente que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se ha caracterizado, como afirma SCHOLZ (151), por un marcado «pragmatismo de circunstancias».

El problema principal no consistiría sólo en esta falta de sistematización rigurosa de las materias del catálogo competencial, sino, especialmente, en el no haber dejado claro qué relaciones se establecen en el proceso interpretativo entre los diferentes elementos usuales y los puntos de vista materiales.

No quedan claras en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo, las condiciones aplicativas de los criterios materiales como «competencias anexas», «por conexión» y «por naturaleza de las cosas». ¿Son títulos competenciales subsidiarios?; entonces deberían aplicarse una vez agotadas todas las posibilidades que ofrecen los métodos tradicionales. ¿Son, por el contrario, medios interpretativos?; entonces debería determinarse qué relación tienen estas figuras con los elementos usuales de la interpretación.

Por todos estos hechos, el problema básico del método hermenéutico del BVerfG en la interpretación de las normas competenciales es justamente el de su pragmatismo. El BVerfG no ha seguido siempre su punto de partida teórico y, según el caso, ha hecho oscilar el valor de cada elemento sin haber elaborado, al mismo tiempo, un esquema interpretativo que justifique la toma de una determinada decisión. Y, de este modo, el Tribunal Constitucional Federal incrementa su libertad como intérprete y reduce, consiguientemente, el carácter jurídico de sus decisiones.

(151) R. SCHOLZ, *op. cit.*, p. 252.

JURISPRUDENCIA
Estudios y Comentarios

