

ELS TRIBUNALS CONSTITUCIONALS DELS *LÄNDER* ALEMANYS*

Markus González Beilfuss

I. Introducció

La República Federal d'Alemanya constitueix en l'actualitat l'únic estat federal de la nostra òrbita cultural que disposa d'una jurisdicció constitucional descentralitzada. Excepte Slesvig-Holstein, tots els *länder* alemanys tenen tribunals constitucionals propis que s'encarreguen de garantir la supremacia de les seves respectives constitucions. Al territori alemany conviuen, doncs, un Tribunal Constitucional Federal i setze tribunals constitucionals dels *länder*.

Durant molts anys, però, aquests tribunals s'han mantingut a l'ombra del Tribunal Constitucional Federal. El seu baix índex d'activitat i la influència de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal en la seva jurisprudència han contribuït que hagin quedat en l'oblit no tan sols de l'opinió pública dels propis *länder*, sinó també de gran part de la doctrina científica. Generalment, aquesta s'ha limitat a dedicar als tribunals constitucionals dels *länder* pocs estudis i normalment de caràcter merament descriptiu.¹ No ha d'estranyar, doncs, que en algun moment s'hagi parlat fins i tot del «luxe superflu que representen els tribunals constitucionals dels *länder*».²

Als darrers anys, però, aquests tribunals han entrat en una fase d'expansió i dinamisme sobretot arran de la reunificació alemanya. D'una banda, cap dels nous *länder* de l'est no ha dubtat a introduir ràpidament aquests òrgans constitucionals en el seu entramat institucional i a dotar-los d'àmplies competències. Per una altra banda, els *länder* que ja disposaven de tribunals constitucionals han encetat als darrers anys un procés de modernització de la seva regulació legal.³

* Aquest treball és fruit d'una estada realitzada a la Georg-August-Universität de Göttingen (República Federal d'Alemanya) durant el curs acadèmic 1994-95, estada que va ser possible gràcies a una beca d'investigació sobre autonomies polítiques de països estrangers atorgada per l'Institut d'Estudis Autònoms de la Generalitat de Catalunya. Vull expressar el meu agraïment a aquest Institut i al professor Christian Starck, així com als seus col·laboradors per l'ajuda facilitada durant aquest període.

1. No és aquest el cas de l'obra en tres volums de Starck, Christian/Stern, Klaus (eds.), *Landesverfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, 1983, que malgrat els anys transcorreguts des de la seva publicació continua oferint l'anàlisi més complet dels tribunals constitucionals dels *länder*.

2. Bachof, Otto, al col·loqui *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, organitzat pel Max-Planck-Institut de Heidelberg i publicat al Carl Heymanns Verlag AK, Colònia, Berlín, 1962, pàg. 833.

3. En aquest sentit, cal destacar que en els darrers anys s'han aprovat lleis dels tribunals constitucionals totalment noves a Rin del Nord-Westfàlia (Llei de 14 de desembre de 1989, GV., pàg. 708), Baviera (Llei de 10 de maig de 1990, GVBl., pàg. 122) i Hessen (Llei de 30 de novembre de 1994, GVBl. I, pàg. 684). Per la seva banda, s'han produït importants ampliacions competencials als tribunals constitucionals de Renània-Palatinat (Llei de 10 de novembre de 1992, GVBl., pàg. 317) i Baixa Saxònia (nova Constitució de 19 de maig de 1993, GVBl., pàg. 107). Finalment, s'ha de tenir en compte que diverses co-

No obstant això, amb aquesta nova consolidació de la justícia constitucional als *länder*, s'estan tornant a plantejar molts dels problemes que tradicionalment l'han envoltada i que afecten, sobretot, la seva relació amb el Tribunal Constitucional Federal. Com es veurà més endavant, la majoria d'aquests problemes, més que estrictament processals, són expressió de problemes materials d'abast general que afecten el propi federalisme alemany. L'eclosió de treballs científics que en els darrers anys intenten fer front a aquests problemes posa de manifest que de la seva correcta solució depèn, en gran mesura, el futur dels tribunals constitucionals dels *länder*.

II. El procés de consolidació dels tribunals constitucionals dels *länder*

L'actual existència de setze tribunals constitucionals dels *länder* no és fruit d'una decisió conjunta presa a nivell federal o dels *länder*, sinó producte d'un llarg procés històric en què han intervingut diversos factors que en cada cas han tingut, lògicament, una incidència heterogènia.

Aquest procés va iniciar-se abans del naixement de la pròpia República Federal Alemanya amb la creació, amb el consentiment tàcit de les respectives forces d'ocupació, dels Tribunals Constitucionals de Hessen, Renània-Palatinat, Bremen i Baviera. La Constitució de Bonn (GG), per la seva banda, va avalar explícitament i implícita la creació de tribunals constitucionals als *länder*,⁴ però al mateix temps va preveure en el seu art. 99 la possibilitat que els *länder* atribueixin de forma expressa al Tribunal Constitucional Federal la resolució de conflictes constitucionals sorgits en el seu interior que tinguin per objecte l'aplicació del dret del *land*. Fins ara, aquesta possibilitat tan sols ha estat seguida per Slesvig-Holstein, si bé cal destacar que la comissió parlamentària constituïda en aquest *land* l'any 1988 per a l'estudi de la reforma de la Constitució i del Parlament va proposar en el seu informe final la creació d'un tribunal constitucional propi.⁵ Fins al dia d'avui, però, aquesta recomanació no s'ha portat a la pràctica.⁶

missions parlamentàries han aprovat propostes de reforma que afecten de forma important els tribunals constitucionals a Hamburg (Informe de la Comissió de reforma del Parlament de 20 de desembre de 1992. Drs. 14/2600) i, com es veurà tot seguit, a Slesvig-Holstein (Informe de la Comissió sobre la reforma de la Constitució i del Parlament de 17 de febrer de 1989, LT-Drs 12/180, pàg. 93-101).

4. Així, cal destacar que des d'un principi la Constitució Federal atribueix explícitament al Tribunal Constitucional Federal la competència per resoldre les «qüestions de divergència» (*Divergenzvorfagen*) presentades pels tribunals constitucionals dels *länder* en cas de discrepància amb la interpretació de la Constitució Federal feta pel Tribunal Constitucional Federal o per un altre tribunal constitucional del *land* (art. 100.3 GG). Per la seva banda, l'art. 100.1 GG imposa als jutges ordinaris l'obligació de plantejar davant del «tribunal del *land* competent dels conflictes constitucionals» la qüestió d'inconstitucionalitat en relació a les lleis que considerin contràries a la constitució del *land*.

5. *Vid.* Informe Final de 17 de febrer de 1989 (LT-Drs. 12/180, pàg. 93-101). Aquesta recomanació es fonamenta principalment en el reduït nombre d'ocasions en què s'ha acudit al Tribunal Constitucional Federal segons el previst a l'art. 99 GG (fins a l'any 1989 només es van dictar deu sentències en el si d'aquest procediment) i en les perspectives que un tribunal constitucional propi, més ràpid i proper als conflictes constitucionals del *land*, sigui un mecanisme més eficaç per garantir, fins i tot preventivament, la constitució del *land*.

6. El Partit Socialdemòcrata (SPD) i el Cristianodemòcrata (CDU) van acordar una moratòria en espera de l'evolució que es produís als nous *länder* de l'est després de la reunificació alemanya (LT-PIPr 12/55, pàg. 3281). Tot i que aquests han optat ràpidament per la creació de tribunals constitucionals propis, la situació a Slesvig-Holstein continua sense resoldre's definitivament.

La resta de *länder* va optar per la creació de tribunals constitucionals propis, fet que s'ha tornat a repetir amb motiu de la reunificació alemanya, ja que els nous *länder* han constituït ràpidament i sense cap mena de dubtes tribunals constitucionals i els han atorgat, com es veurà més endavant, competències importants.⁷

A la vista d'aquest llarg procés històric, és evident que els tribunals constitucionals s'han consolidat en l'organització institucional dels *länder*. Cal preguntar-se, doncs, quines són les raons d'aquest fet, sobretot tenint en compte, com s'ha dit anteriorment, que l'índex d'activitat d'aquests tribunals acostuma a ser molt baix i que la coexistència de tribunals constitucionals a nivell federal i dels *länder* està lluny de ser pacífica a la pràctica.

A l'igual que a la resta de tribunals constitucionals en dret comparat, el factor segurament més decisiu per a la creació i extensió de la justícia constitucional als *länder* radica en la voluntat de trobar un mecanisme eficaç de garantia de les respectives constitucions dels *länder*. La tràgica experiència del nazisme va ser clau, en aquest sentit, per al ràpid sorgiment dels primers tribunals constitucionals dels *länder* i per al suport tàcit de les respectives forces d'ocupació.

Des d'aquest mateix punt de vista, cal destacar que la Llei Fonamental de Bonn, a més de crear un Tribunal Constitucional Federal amb un conjunt de competències sense precedents en dret comparat, va voler garantir l'existència de determinats procediments de justícia constitucional en relació als *länder*, bé preveient-los directament a favor del tribunal del *land* competent en la matèria,⁸ bé atorgant una competència subsidiària al Tribunal Constitucional Federal.⁹ A l'igual que aquesta competència subsidiària, la figura prevista a l'art. 99 GG també posa de manifest que per a la Llei Fonamental de Bonn l'important és l'existència de mecanismes de garantia jurisdiccional de la Constitució del *land*, i no tant si aquests mecanismes se situen o no en un tribunal constitucional propi de cada *land*.

L'èxit d'aquesta segona opció a gairebé tots els *länder* es deu en gran part, entre d'altres factors, al fet que l'existència de tribunals constitucionals propis implica una garantia més eficaç de les seves constitucions respectives. Molt més enllà del seu baix índex d'activitat, cal tenir en compte, en aquest sentit, que aquests tribunals desenvol-

7. Cal destacar que en el cas de Berlín la reunificació alemanya ha servit per posar fi a una situació paradoxal, ja que originàriament la seva Constitució va preveure la creació d'un tribunal constitucional propi. Els diversos projectes per crear-lo (un de 12 de juliol de 1952, AH-Drs. I/1299, i dos l'any 1964, AH-Drs. IV/622 i IV/732) no van prosperar atès l'especial estatus jurídic de la ciutat. Com a territori ocupat, Berlín no formava part de la República Federal d'Alemanya i el dret federal només podia ser aplicat en el seu territori si era incorporat a l'ordenament del *land* pel Parlament de Berlín. El pes polític de la unitat jurídica entre Berlín i la resta d'Alemanya Federal i el perill de pronunciaments divergents per part d'un hipotètic Tribunal Constitucional de Berlín i el seu homònim Federal van provocar la suspensió d'aquesta previsió constitucional a l'any 1974. Per la seva banda, el projecte de 12 de juliol de 1952 (AH-Drs. I/1299) presentat perquè el Tribunal Constitucional Federal actués com a tribunal constitucional del *land* segons el previst a l'art. 99 GG va ser vedat pels aliats, ja que aquesta possibilitat implicava el reconeixement d'un òrgan federal en un territori ocupat. Aquesta situació ha acabat amb la reforma constitucional de 1990 i l'aprovació de la Llei del Tribunal Constitucional de Berlín del mateix any.

8. Aquest és el cas de la qüestió d'inconstitucionalitat, ja que, com s'ha vist anteriorment, l'art. 101.1 GG estableix directament que els jutges estan obligats a presentar la qüestió d'inconstitucionalitat davant del tribunal del *land* competent pels conflictes constitucionals, si la llei aplicable és contrària a la constitució del *land*.

9. És el cas del conflicte entre òrgans constitucionals (art. 93.1.4. 3r supòsit GG) i del recurs d'emperra municipal des de la seva introducció a l'any 1969 (art. 93.1.4.b GG).

lupen una important tasca preventiva, que es deriva de la seva proximitat al conflicte en qüestió, del fàcil accés a ells i de la seva *autoritas* entre les restants institucions del *land*.

Aquesta funció eminentment garantista dels tribunals constitucionals dels *länder* s'ha tornat a posar de manifest amb ocasió de la reunificació alemanya. Després de la llarga experiència del socialisme real, tots els nous *länder* de l'est han encomanat la garantia de les seves respectives constitucions a uns tribunals constitucionals propis que ràpidament s'han vist dotats d'un ampli marc normatiu d'actuació.

En aquest context, és evident que la tradició històrica de la clàssica jurisdicció de conflictes constitucionals (*Staatsgerichtsbarkeit*) als *länder* i el precedent més immediat de la República de Weimar, on alguns *länder* van comptar amb tribunals constitucionals propis, constitueixen elements que han de desmitificar-se a l'hora de fonamentar l'existència dels actuals tribunals constitucionals dels *länder*.¹⁰ Els profunds canvis experimentats entre l'antiga jurisdicció de conflictes constitucionals i els moderns tribunals constitucionals, l'heterogeneïtat de les institucions que es presenten com a antecedents d'aquests últims i l'escàs èxit dels propis tribunals constitucionals de l'època de Weimar obliguen a situar aquesta pretesa tradició històrica en un segon pla i a interpretar-la com un intent de legitimació historicista dels actuals tribunals constitucionals, que només és comprensible en la primera fase de consolidació d'aquests.

Per últim, cal destacar que des d'un punt de vista doctrinal el factor més freqüent a l'hora de fonamentar l'existència dels tribunals constitucionals dels *länder* és el del mateix contingut del federalisme alemany.¹¹ En aquest sentit, s'argumenta que la Constitució Federal de Bonn (art. 20.1 GG) parteix del reconeixement de l'estatalitat dels *länder* i, consegüentment, de la capacitat d'aquests de dotar-se de constitucions pròpies. Dintre del seu poder constituent i com és usual, d'altra banda, en molts estats constitucionals contemporanis, els *länder* poden crear tribunals constitucionals propis per garantir eficaçment la supremacia del seu text constitucional. Amb aquesta argumentació, Leisner¹² ha arribat a afirmar que l'existència d'aquests tribunals és un «element essencial del federalisme alemany», afirmació que és compartida per gran part de la doctrina alemanya.¹³

Sense entrar en el debat sobre l'estatalitat dels *länder* alemanys i els seus límits, cal destacar que aquest enfocament federal no és del tot satisfactori a l'hora de fonamentar l'existència dels tribunals constitucionals dels *länder*. No sols perquè en el fons els tribunals constitucionals dels *länder* apareixen com a elements de garantia de les respectives constitucions dels *länder*, sinó perquè no té en compte la figura de l'art. 99 GG o les competències subsidiàries del Tribunal Constitucional Federal. Originària-

10. No obstant això, la doctrina científica alemanya acostuma a posar gran èmfasi en aquesta tradició històrica. En aquest sentit, *vid.*, entre d'altres, Hoke, Rudolph, «Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern in der Tradition der deutschen Staatsgerichtsbarkeit», a Starck, Christian/Stern, Klaus, *op. cit.*, Vol. I, pàg. 25-102; Bock, Christine/Bock, Werner, «Zur Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder», *Landes- und Kommunalverwaltung*, 1991, pàg. 182-186.

11. En aquest sentit, *vid.*, sobretot, Leisner, Walter, «Landesverfassungsgerichtsbarkeit als Wesenselement des Föderalismus», a *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. FS zum 25. jährigen Bestehens des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes*, Richard Booberg Verlag, Munic, 1972, pàg. 482 i ss.; Stern, Klaus, «Nahtstellen zwischen Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit», *BayVBl.*, 1976, pàg. 547 i ss.; Betge, Herbert, «Verfassungsgerichtsbarkeit im Bundesstaat», *BayVBl.*, 1985, pàg. 261.

12. Leisner, Walter, *op. cit.*

13. *Vid.* nota número 11.

ment, tal i com es veu en el treball de Leisner, l'argument del federalisme alemany té com a principal finalitat la reivindicació del paper dels tribunals constitucionals dels *Länder* en moments en què la seva existència es posa en dubte. Però més enllà d'aquesta funció legitimadora dels tribunals constitucionals dels *Länder*, cal destacar que aquest argument està complint una important funció delimitadora entre l'activitat d'aquests tribunals i la del Tribunal Constitucional Federal.

En aquest sentit, cal destacar que la jurisprudència dels diversos tribunals constitucionals parteix de l'autonomia constitucional dels *Länder* i de l'existència d'espais constitucionals dels *Länder* independents i separats de l'espai constitucional federal.¹⁴ Conseqüentment, l'anomenat «principi de separació» (*Trennungsprinzip*) apareix com a criteri bàsic de delimitació entre ambdues jurisdiccions, principi que sobretot es concreta en la utilització de paràmetres de control diferents per part dels tribunals constitucionals dels *Länder* (la respectiva constitució i, si escau, el dret del *Land*) i del Tribunal Constitucional Federal (la Constitució i el dret federals).¹⁵ Més enllà del paràmetre de control, el principi de separació entre ambdues jurisdiccions també s'ha concretat jurisprudencialment en el fet que el Tribunal Constitucional Federal no és una segona instància en relació als tribunals constitucionals dels *Länder*,¹⁶ en què, en la mesura que sigui possible, el primer no ha d'afectar els segons,¹⁷ i en què ambdues jurisdiccions s'han d'executar en espais separats.¹⁸ Com es veurà més endavant a l'hora d'analitzar les principals competències dels tribunals constitucionals dels *Länder*, aquest principi teòric de separació entre ambdues jurisdiccions constitucionals no deixa de presentar, però, innumbrables problemes a la pràctica.

III. Els aspectes orgànics dels tribunals constitucionals dels *Länder*

Des d'un punt de vista orgànic, existeix absoluta unanimitat a l'hora d'afirmar que els tribunals constitucionals dels *Länder* són autèntics òrgans constitucionals. Formalment, les Constitucions dels *Länder* no solament els mencionen, sinó que regulen bàsicament els seus aspectes organitzatius i competencials. Materialment, la facultat de resoldre els conflictes entre els diversos òrgans constitucionals dels *Länder* o de controlar la constitucionalitat de les normes emanades pel Parlament també situen necessàriament els tribunals constitucionals entre els òrgans constitucionals dels *Länder*.

Independentment de les repercussions que el caràcter d'òrgan constitucional pot tenir en relació al conflictiu problema dels límits de l'activitat dels tribunals constitucionals, és evident que aquest concepte està lligat bàsicament a aspectes orgànics. Bé com a reivindicació d'un estatus inexistent, bé com a mera descripció d'un estatus

14. Entre d'altres, BVerfGE 4, 178 (189); 6, 376 (381); 22, 267 (270). En el mateix sentit, BayVfGH 16, 16; 19, 31; 20, 91; HessStGH, EVGH 20, 8.

15. BVerfGE 6, 376 (382); 11, 89 (94); 36, 342 (368); 60, 175 (209); BWSrGH ESvGH 14, 5 (6); BayVerfGHE 11, 15; 26, 33; BremStGHE 2, 38 (76); HambVerfG 17 (19); HessStGH ESvGH 11 II, 10 (11); NWVerfGH OVGE 16, 315 (316); RhPfVerfGH AS 3, 1 (7); SaarVerfGH NVwZ 1983, 604 (605).

16. BVerfGE 6, 445 (449); 60, 175 (280).

17. BVerfGE 36, 342 (357); 41, 88 (119).

18. BVerfGE 10, 285 (293).

garantit normativament, la qualitat d'òrgan constitucional acostuma a estar íntimament relacionada amb la independència, autoorganització (generalment en forma d'aprovació d'un reglament intern) i autonomia pressupostària de la institució en qüestió.

En el cas dels tribunals constitucionals dels *länder*, però, tot i que algunes lleis recents els defineixen com a institucions independents de la resta d'òrgans del *land*¹⁹ i que la doctrina els considera veritables òrgans constitucionals, cal destacar que determinats aspectes orgànics no sempre s'adeqüen al que generalment s'espera d'un òrgan constitucional. Aquest fet es deu bàsicament que els *länder* han rebutjat la creació d'uns tribunals constitucionals amb una estructura pròpia i permanent, en previsió que el seu volum de treball no fos massa gran.

Així, un primer aspecte que cal destacar és que els tribunals constitucionals dels *länder* no acostumen a tenir una seu pròpia, sinó que utilitzen la d'algun dels principals tribunals del *land*, generalment la del Tribunal Superior del *Land* (*Oberlandesgericht*)²⁰ o la del Tribunal Superior Contenciós-Administratiu (*Oberverwaltungsgericht*),²¹ on normalment tenen una oficina judicial pròpia.²² El personal al servei dels tribunals constitucionals està generalment adscrit, en conseqüència, al tribunal on radica la seva seu, amb la qual cosa pot dependre orgànicament del respectiu ministre de Justícia del *land* i no del president del Tribunal Constitucional.²³ Aquesta no acostuma a ser la situació dels col·laboradors dels tribunals constitucionals allí on es preveu la seva existència.²⁴ No obstant això, cal destacar que els col·laboradors del Tribunal Constitucional de Hessen són posats a disposició del tribunal per part del ministre de Justícia, el qual en deté la supervisió.

Juntament amb aquests dèficits en l'autonomia personal dels tribunals constitucionals dels *länder*, cal destacar que alguns d'ells també acostumen a presentar problemes en relació a la seva autonomia pressupostària. A diferència del que succeeix en relació al Tribunal Constitucional Federal, on el seu president fa una proposta de pressupost que, en cas de no ser acceptada pel Govern, ha de ser enviada al Parlament juntament amb el projecte governamental, la majoria de *länder* no preveuen la participació formal dels seus respectius tribunals constitucionals en l'elaboració del seu pressupost.²⁵

1. En especial, els membres dels tribunals constitucionals

Tot i els possibles conflictes que poden provocar tots aquests aspectes, cal destacar que els problemes més greus, des d'un punt de vista orgànic, dels tribunals constitu-

19. Aquesta és la definició continguda a l'art. 1.1 de les lleis dels tribunals constitucionals de Berlín, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Pomerània i Rin del Nord-Westfàlia.

20. Aquest és el cas de Baviera, Hamburg, Baden-Württemberg, Saarland i Saxònia.

21. Així, a Mecklenburg-Pomerània i Turingia.

22. Cal destacar, però, que a Baden-Württemberg, Hamburg, Baixa Saxònia i Mecklenburg-Pomerània els tribunals constitucionals respectius ni tan sols disposen d'una oficina judicial pròpia.

23. Aquest no és el cas del Saarland, segons el que disposa l'art. 8 de la Llei del Tribunal Constitucional.

24. Cal destacar que a Hamburg, Renània-Palatinat, Saarland i Saxònia-Anhalt s'exigeix que aquests siguin jutges d'un tribunal del *land*.

25. Cal tenir en compte, però, que a Hamburg i Rin del Nord-Westfàlia es preveu la mateixa regulació que l'existent en l'àmbit del Tribunal Constitucional Federal.

cionals dels *länder*, estan relacionats amb la seva composició. Com pot comprovar-se en el quadre que s'adjunta, tots els tribunals constitucionals estan formats per diferents tipus de magistrats.

En primer lloc, cal destacar que a quatre *länder* es preveu l'existència d'alguns membres de dret o nats. Generalment, es tracta del president del Tribunal Superior Contenciós Administratiu del *land* (*Oberverwaltungsgericht*) o del Tribunal Superior del *land* (*Oberlandesgericht*), que, com a tal, no solament integra directament el respectiu Tribunal Constitucional, sinó que normalment també en deté la presidència. No obstant això, aquesta és una previsió en decadència, ja que només es conté en alguns dels *länder* més antics.²⁶ Atorgant directament la presidència del Tribunal Constitucional a un jutge del *land* consagrat i que presideix el tribunal on radica la seva seu, és evident que aquesta regulació pretenia garantir originàriament el bon i ràpid funcionament dels tribunals constitucionals.

En segon lloc, també cal destacar que en la composició de tots els tribunals constitucionals dels *länder* hi ha una forta component judicial. Com pot deduir-se del quadre que s'adjunta, entre un 25 i un 60 per cent dels seus membres, tenint en compte en el seu cas l'existència de membres nats, han de ser jutges en actiu dels propis *länder*. D'aquesta manera es pretén garantir l'èxit d'uns òrgans que tenen, en la interpretació jurídica de la constitució, l'instrument i un dels límits de la seva activitat.

Finalment, els restants magistrats dels tribunals constitucionals són membres llecs, tot i que a molts *länder* s'exigeix com a requisit d'elegibilitat que una part d'aquests també tingui la capacitat per ser jutge. Amb aquesta regulació es persegueix introduir en la composició dels tribunals una certa dosi de pluralitat, sense posar en perill la qualitat de les seves sentències. A la pràctica, aquests jutges llecs solen ser advocats de prestigi i, sobretot, professors universitaris.

Aquesta heterogènia composició dels tribunals constitucionals dels *länder* no planteja, per ella mateixa, excessius problemes des d'un punt de vista orgànic. Més conflictiu pot arribar a ser el fet que el càrrec de magistrat constitucional no requereixi una dedicació exclusiva. Tenint en compte el règim d'incompatibilitats, tant els membres nats, que són magistrats constitucionals en tant que membres en actiu d'un altre tribunal, com la resta de magistrats, es dediquen parcialment als respectius tribunals constitucionals, si bé algunes lleis reguladores d'aquests s'encarreguen de destacar que el càrrec de magistrat constitucional és prioritari envers les altres ocupacions. Aquest caràcter parcial del càrrec de magistrat constitucional explica que a tots els *länder* es prevegi l'existència de membres suplents, generalment en nombre d'un per a cada membre del tribunal,²⁷ així com que totes les lleis defineixin el càrrec de magistrat constitucional com a honorífic.²⁸

a) El sistema d'elecció dels magistrats

Deixant de banda els magistrats nats o de dret previstos en alguns tribunals constitucionals, la resta de magistrats constitucionals són escollits pels parlaments

26. En aquest sentit, la tesi número 68 de l'Informe Final de la Comissió Parlamentària que a Hamburg ha proposat reformes en relació al seu Tribunal Constitucional recomana la desaparició de l'únic membre de dret existent a l'actualitat.

27. Excepcionalment, a Hessen es preveuen fins i tot dos suplents per cada magistrat.

28. En aquest sentit, cal destacar que només es preveu l'abonament de dietes o, en els darrers anys, de petites assignacions mensuals que en cap cas tenen caràcter salarial.

dels respectius *länder*, excepte a Hamburg, on els dos magistrats electius de procedència judicial són escollits pel Govern del *land*.²⁹ L'elecció parlamentària dels magistrats correspon generalment al Ple del Parlament³⁰ i en diversos *länder* es preveu la possibilitat de realitzar propostes en relació a alguns o tots els magistrats electius.³¹

No obstant això, el més destacable d'aquesta elecció parlamentària és que en alguns *länder* pot presentar problemes des del punt de vista de la independència orgànica del tribunal constitucional. Com es desprèn del quadre que s'adjunta, mentre que als tribunals de creació més recent se sol requerir una majoria qualificada de dos terços per a l'elecció dels magistrats constitucionals, a la major part dels antics tribunals és suficient amb la majoria simple. Malgrat que en alguns d'aquests casos el sistema de votació,³² la llarga durada del mandat i la impossibilitat d'accedir a la reelecció poden introduir importants elements d'independència, és evident que a Baviera o Bremen la coincidència del mandat d'una part considerable dels magistrats constitucionals amb la legislatura del Parlament i la possibilitat d'optar a la reelecció pot arribar a posar seriosament en dubte la independència orgànica dels respectius tribunals constitucionals.

b) Els requisits d'elegibilitat i el règim d'incompatibilitats

Les lleis reguladores de tots els tribunals constitucionals dels *länder* estableixen una sèrie de requisits que han de complir tots els magistrats i els seus substituïts per poder ser-ho, així com un règim d'incompatibilitats al qual han d'ajustar-se en tot moment. Els primers operen sobretot com a garantia d'idoneïtat dels diferents candidats, mentre que el segon pretén garantir la independència orgànica dels tribunals constitucionals. Cal destacar, però, que tots dos règims presenten una sèrie de peculiaritats que han de relacionar-se amb la necessitat pràctica d'augmentar les possibilitats de trobar a cada *land* suficients candidats per desenvolupar el càrrec de magistrat constitucional.

En relació als requisits d'elegibilitat cal dir que existeix una gran coincidència entre tots els tribunals constitucionals, amb independència del moment de la seva creació. Excepte al Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg, a tots els *länder* s'exigeix que els magistrats tinguin una edat mínima (generalment, trenta-cinc anys), que siguin titulars del dret al sufragi passiu (normalment en relació al Parlament del *land*) i que puguin acreditar una suficient capacitat sobretot en l'àmbit del dret públic.

29. No obstant això, s'ha de tenir en compte que l'Informe Final de la Comissió Parlamentària d'Hamburg, al qual s'ha fet esment anteriorment, proposa que tots els magistrats constitucionals siguin escollits pel Parlament amb una majoria de dos terços.

30. A Hessen, però, els magistrats d'origen judicial són escollits per una comissió parlamentària especial.

31. En aquest sentit, cal destacar que a Baixa Saxònia, Mecklenburg-Pomerània i Saxònia-Anhalt es preveu que els magistrats constitucionals han de ser proposats al Ple per una determinada comissió parlamentària, mentre que a Baviera el mateix president del Tribunal Constitucional pot realitzar formalment propostes en relació als magistrats de procedència judicial, pràctica que s'ha estès informalment a d'altres *länder*.

32. Així, a Rin del Nord-Westfàlia l'elecció de magistrats es produeix de dos en dos i cada parlamentari només pot votar un candidat.

Més enllà d'algunes novetats als nous *länder* de l'est,³³ als últims anys pot detectar-se una certa tendència per garantir l'existència de suficients candidats per als respectius tribunals constitucionals. En aquest sentit, alguns *länder*³⁴ no exigeixen tenir dret al sufragi passiu en relació al Parlament del *land*—basta tenir-ho en relació al *Bundestag* federal, mentre que d'altres³⁵ també requereixen que els candidats declarin prèviament per escrit el seu compromís d'acceptar el càrrec de magistrat constitucional.

Pel que fa al règim d'incompatibilitats dels magistrats constitucionals, cal destacar que amb el pas dels anys aquest s'ha anat perfeccionant sensiblement, la qual cosa provoca que subsisteixin importants diferències entre les lleis més antigues i les més recents. Així, mentre la llei de Baden-Württemberg preveu com a única causa d'incompatibilitat el ser funcionari polític o secretari d'Estat polític, o les lleis de Renània-Palatinat i Bremen estableixen la incompatibilitat només en relació als membres del Parlament i del Govern del *land*, la majoria de *länder* han estès les causes d'incompatibilitat als membres dels òrgans equivalents de la Federació o d'altres *länder*, així com als funcionaris públics, amb l'excepció de jutges i professors universitaris. Els darrers moviments de reforma accentuen aquesta tendència garantista en incorporar com a causes d'incompatibilitat, entre d'altres, el ser membre d'òrgans de la Unió Europea o de fundacions de dret públic que depenen del *land*.³⁶

IV. Les competències dels tribunals constitucionals dels *länder*

1. *Consideracions generals*

a) Els diferents tipus de competències

Els tribunals constitucionals dels *länder* tenen encomanat un ampli ventall de competències, amb la majoria de les quals es pretén garantir la supremacia dels respectius textos constitucionals. Les pròpies constitucions de cada *land* acostumen a enumerar i regular els trets bàsics de les principals competències, perquè siguin les respectives lleis dels tribunals constitucionals les que estableixen el seu règim jurídic concret. Però totes les constitucions dels *länder* també possibiliten l'ampliació d'aquestes competències per llei ordinària, tot i que a la pràctica s'ha fet poc ús d'aquesta habilitació.

El catàleg de les diverses competències dels tribunals constitucionals ofereix a primera vista un grau considerable d'heterogeneïtat. D'una banda, s'ha de tenir en comp-

33. En aquest sentit, cal destacar que la recent experiència de la República Democràtica d'Alemanya ha provocat que a tres dels nous *länder* de l'est (Mecklenburg-Pomerània, Saxònia i Saxònia-Anhalt) s'hagi introduït una nova causa d'inelegibilitat que consisteix a haver violat en el passat els fonaments de l'Estat de dret i els drets fonamentals, així com haver format part del Ministeri de Seguretat de l'Alemanya oriental. A Berlín i Brandenburg també cal destacar que entre els requisits d'elegibilitat s'ha introduït una quota que garanteix la presència d'almenys tres homes i tres dones al tribunal constitucional respectiu.

34. Concretament, Berlín, Brandenburg i Saxònia. De forma similar, cal destacar que a Turíngia la recent reforma de la Llei del Tribunal Constitucional de 12 d'abril de 1995 ha suprimit el requisit, exigint als primers magistrats constitucionals, de ser resident al *land*, per tal de trobar candidats per desenvolupar el càrrec.

35. Així, a Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Pomerània, Rin del Nord-Westfàlia i Saxònia-Anhalt.

36. En aquest sentit, destaquen les lleis de Saxònia-Anhalt, de Turíngia i la recent reforma de la Llei de Saxònia del passat 27 de novembre de 1995.

te que els primers tribunals constitucionals van sorgir, com s'ha vist anteriorment, abans que la pròpia Llei Fonamental de Bonn, en un context històric en què els principals procediments del sistema europeu de justícia constitucional encara no estaven consolidats. Això explica que en alguns d'aquests *länder* subsisteixin competències que amb el pas del temps s'han concretat³⁷ o han desaparegut³⁸ a la resta de *länder*, així com que determinades competències hagin esdevingut inconstitucionals amb l'entrada en vigor de la Constitució Federal.³⁹

D'altra banda, cal destacar que alguns tribunals constitucionals presenten una sèrie de competències peculiars que són tradicionals només en un *land*, com la *Popularklage* bàvara —mitjançant la qual tot ciutadà del *land* pot impugnar directament qualsevol norma escrita del *land* que vulneri un dels drets fonamentals garantits a la Constitució de Baviera —, o que van ser introduïts després de la Segona Guerra Mundial únicament a alguns *länder*.⁴⁰ L'heterogeneïtat en les competències assignades a cada tribunal també s'explica, finalment, perquè alguns *länder* han rebutjat competències especialment problemàtiques, com pot ser el recurs d'empara⁴¹ o perquè en els darrers anys en alguns *länder* han sorgit noves competències com és el cas del control dels mandats emanats de les comissions parlamentàries d'investigació,⁴² amb les quals es pretén fer front a problemes actuals.

No obstant això, més enllà d'aquestes competències específiques en alguns *länder*, cal destacar que a tots els tribunals constitucionals existeix un nucli comú de compe-

37. En aquest sentit destaca la competència prevista tant a l'art. 130.1 de la Constitució de Renània-Palatinat com a l'art. 140.1 de la Constitució de Bremen, la qual engloba en un mateix procediment el que avui en dia és el recurs d'inconstitucionalitat i el conflicte entre òrgans constitucionals.

38. Aquest és el cas, per exemple, dels procediments de control previ de les reformes constitucionals previstos a les Constitucions de Baden-Württemberg, Baviera, Renània-Palatinat i Saarland. Malgrat que la resta de *länder* ha rebutjat, amb caràcter general, l'existència de tot tipus de control previ, cal destacar que es tracta d'una competència que s'ha tornat a preveure a la recent Constitució de Saxònia.

39. Aquest és el cas, per exemple, dels procediments d'alta traïció previstos en alguns tribunals constitucionals en relació als jutges del *land*. L'art. 98 GG, en reservar la decisió sobre aquests procediments al Tribunal Constitucional Federal, va provocar la inconstitucionalitat d'aquestes normes, tot i que aquest procediment continua formalment vigent a la Constitució de Hessen (art. 127.4) i no va ser suprimit formalment de la Constitució de Bremen fins a la recent reforma de 7 de novembre de 1994. De forma semblant, també és dubtosa l'actual constitucionalitat de la competència del Tribunal Constitucional de Hessen en relació a la limitació o pèrdua dels drets fonamentals garantits a la Constitució d'aquest *land*, tenint en compte que es tracta de drets materialment coincidents als garantits a la Llei Fonamental de Bonn, i que és el Tribunal Constitucional Federal l'únic òrgan que pot limitar o suprimir aquests drets, segons el previst a l'art. 18 GG.

40. Aquest és el cas, per exemple, dels procediments previstos a la Constitució de Renània-Palatinat (art. 130.2) i a la Llei del Tribunal Constitucional del Saarland (art. 9.12) respecte al compliment dels requisits constitucionals previstos en relació a les mesures de socialització. També cal destacar que la Constitució d'Hamburg preveu un procediment de control del comportament dels membres del seu Tribunal de Comptes.

41. En aquest sentit, cal destacar que amb motiu de l'aprovació de la nova Constitució de Baixa-Saxònia de 1993 es va desestimar la possibilitat d'introduir el recurs d'empara com a nova competència del Tribunal Constitucional.

42. Competència aquesta només prevista a Mecklenburg-Pomerània, Saxònia-Anhalt i Turíngia. Als dos primers *länder* es preveu la possibilitat que els jutges ordinaris impugnin aquells mandats que considerin contraris a la Constitució del *Land* i que siguin rellevants per a la seva decisió. En el cas de Turíngia, en canvi, existeixen diversos procediments per impugnar l'admissibilitat o inadmissibilitat d'una determinada investigació, la negativa de l'Administració a facilitar documents o declaracions i, per últim, determinades decisions judicials relatives a l'objecte de la investigació.

Taula 1: Composició dels tribunals constitucionals dels länder

	Total membres	Membres de dret	Membres- jutges	Jutges llecs	Majoria per l'elecció	Mandat (en anys)	Reelecció
Baden- Württemberg	9	—	3	6	simple	9	sí
Baixa Saxònia	9	—	3	6	2/3 (presents)	7	sí
Baviera	38*	—	23	15	simple	8/ legislatura****	sí
Berlín	9	—	3	6	2/3	7	no
Brandenburg	9	—	3	6	simple	10	no
Bremen	7	1	2	4	simple	legislatura	sí
Hamburg	9	1	2	6	simple /Govern**	5	sí
Hessen	11	—	5	6	simple /2/3***	7/ legislatura*****	sí
Mecklenburg- Pomerània	7	—	2	5	2/3	12	no
Renània- Palatinat	9	1	3	5	simple	4	sí
Rin del Nord- Westfàlia	7	3	—	4	simple	6	sí
Saarland	8	—	2	6	2/3	6	sí
Saxònia	9	—	5	4	2/3	9	sí
Saxònia-Anhalt	7	—	3	4	2/3 (presents)	7	sí
Turíngia	9	—	3	6	2/3	5	sí

* La composició concreta del Tribunal Constitucional de Baviera varia segons el tipus de procediment.

** Els membres del Tribunal que són jutges del propi *Land* són escollits pel Govern, mentre que els jutges llecs són escollits pel Parlament per majoria simple.

*** Els membres del Tribunal que són jutges del propi *Land* són escollits per una comissió parlamentària especial per una majoria de dos terços, mentre que la resta de membres són escollits pel Ple per majoria simple.

**** El president i els membres-jutges són escollits per a un període de vuit anys, mentre que el mandat dels jutges llecs és d'una legislatura.

***** Els membres-jutges són escollits per a un període de set anys mentre que el mandat dels jutges llecs és d'una legislatura.

tències. En aquest sentit, tots els *länder* preveuen el conflicte entre òrgans constitucionals, el control de constitucionalitat de normes (mitjançant el recurs directe, la qüestió d'inconstitucionalitat i l'anomenat recurs d'empara municipal), el contenciós-electoral (amb l'única excepció de Hessen), així com, amb algunes excepcions, procediments especials de protecció de la Constitució.⁴³

b) L'activitat dels tribunals constitucionals en els diversos procediments

Les estadístiques proporcionades pels diversos tribunals constitucionals,⁴⁴ tot i no ser completes⁴⁵ i no seguir sempre els mateixos criteris d'elaboració,⁴⁶ permeten extreure una sèrie de conseqüències que en alguns casos també tenen, com es veurà més endavant, una importància decisiva en l'anàlisi de les diverses competències.

Des d'un punt de vista general, cal destacar, en primer lloc, que l'activitat dels tribunals constitucionals dels *länder* és molt reduïda. Amb l'excepció dels tribunals constitucionals de Baviera i de Berlín —i aquest últim malgrat haver entrat en funcionament recentment—, que han tramitat uns cent procediments anuals, la resta de tribunals tenen taxes d'activitat molt baixes. A les ciutats hanseàtiques només s'ha tramitat un procediment anual de mitjana, mentre que a *länder* tan importants com Baden-Württemberg o Rin del Nord-Westfàlia les taxes d'activitat estan al voltant de sis procediments per any. Individualment considerades, aquestes dades poden qüestionar la mateixa existència dels tribunals constitucionals d'alguns *länder*, tot i que s'ha de tenir en compte que no reflecteixen el paper que aquests tribunals desenvolupen des d'un punt de vista preventiu.

En segon lloc, també cal destacar que el recurs d'empara constitucional i l'anomenat recurs d'empara municipal —mitjançant el qual els municipis poden impugnar directament qualsevol norma del *land* que atempti contra la seva autonomia— han centrat clarament l'activitat de la major part de tribunals que preveuen aquestes competències.⁴⁷ El primer d'ells ha permès generalment situar la taxa d'activitat dels tribu-

43. Es tracta bàsicament dels processos d'alta traïció, mitjançant els quals poden impugnar-se determinats comportaments d'altres magistratures del *land*. Així, tots els *länder*, excepte Hamburg i els nous *länder* de l'est, preveuen la possibilitat d'impugnar comportaments dels membres del Govern del *land* en un procediment que no és més que una relíquia històrica de l'*impeachment* de l'època de la restauració. Només Saxònia ha adaptat aquest procediment per fer front a les sospites que un membre del seu Govern o Parlament hagi violat els drets fonamentals o el principi d'Estat de Dret en l'època de la República Democràtica d'Alemanya o que hagi estat al servei del seu Ministeri d'Interior. De forma similar, els *länder* de Baden-Württemberg, Baixa Saxònia, Baviera, Brandenburg i Saarland preveuen la possibilitat d'impugnar els comportaments dels seus parlamentaris que impliquin un abús amb ànim de lucre de la seva condició de parlamentari o la divulgació d'informació reservada. Juntament amb aquests procediments d'alta traïció, també cal destacar que alguns tribunals constitucionals (concretament els de Baviera i Rin del Nord-Westfàlia) també preveuen competències com l'exclusió de determinats grups d'electors de les consultes electorals o, en el cas de Hessen, la limitació o pèrdua de determinats drets fonamentals garantits per la Constitució del *Land*.

44. Com que no n'existeix una publicació oficial, en aquest treball només s'ha pogut fer ús de les dades proporcionades pels mateixos presidents dels diversos Tribunals Constitucionals.

45. En aquest sentit, s'ha de tenir en compte que les dades obtingudes dels tribunals constitucionals de Saarland i de Baixa Saxònia són molt parcials i que les dades en relació als nous *länder* de l'est són gairebé inexistent.

46. Així, malgrat que generalment es tracta de dades referides als procediments cursats, a Baixa Saxònia i Bremen les dades proporcionades es donen en relació a les sentències efectivament dictades.

47. Així, els recursos d'empara signifiquen entre el 43 i el 84 per cent dels procediments tramitats pels tribunals constitucionals que compten amb aquesta competència, percentatge que en xifres absolutes

nals constitucionals en nivells raonables, fet que ha contribuït a què en alguns casos s'hagi plantejat el debat sobre la revitalització dels tribunals constitucionals dels *länder* a partir del recurs d'empara ordinari.

En tercer lloc, les estadístiques posen de manifest que, deixant de banda el recurs d'empara, l'activitat de tots els tribunals ha estat centrada en el nucli comú de competències i, més concretament, en aquelles que també s'han consolidat a la major part de països que compten amb tribunals constitucionals concentrats. Els procediments especials de protecció de la Constitució previstos a quasi tots els *länder*, i la major part dels procediments peculiars dels diversos tribunals constitucionals, no han passat de jugar, en aquest sentit, un paper merament simbòlic.

Tenint en compte tots aquests elements, a continuació cal analitzar les principals competències dels tribunals constitucionals de forma individualitzada. Aquest enfocament permet deixar de banda aquells procediments que no s'han utilitzat a la pràctica, per tal de centrar-se en els problemes específics de la resta de procediments.

2. Anàlisi de les principals competències dels tribunals constitucionals

a) El conflicte entre òrgans constitucionals

La primera competència prevista a tots els tribunals constitucionals dels *länder* és la de resoldre els conflictes que puguin originar-se a l'interior de cada *land* entre els diversos òrgans constitucionals. Cal destacar, però, que la Llei Fonamental de Bonn no s'ha limitat a garantir una solució jurisdiccional als conflictes entre òrgans constitucionals federals, sinó que també ha volgut assegurar l'existència d'aquesta possibilitat en relació als conflictes sorgits a l'interior dels *länder*. Seguint el precedent de la República de Weimar,⁴⁸ la Llei Fonamental de Bonn ha previst en el seu art. 93.1.4, 3r supòsit, la competència subsidiària del Tribunal Constitucional Federal en relació amb aquests conflictes.

Abans d'abordar l'estudi dels conflictes entre òrgans constitucionals dels *länder*, així com dels problemes que planteja la competència subsidiària del Tribunal Constitucional Federal, cal destacar que a la majoria de *länder* s'han tramitat uns deu conflictes d'aquest tipus,⁴⁹ xifra que no deixa de ser considerable si es té en compte l'objecte d'aquest procediment i el baix índex d'activitat dels tribunals constitucionals en general. No obstant això, com ha posat de manifest Zierlein,⁵⁰ cal subratllar que el Tribunal Constitucional Federal ha dictat un total de tretze sentències en el marc de la seva competència subsidiària. Si, a més, es té en compte que aproximadament un 40 per cent dels procediments d'aquest tipus són rebutjats sense necessitat de sentència,

suposen entre 43 procediments, en el cas del Saarland, i 4.644 en el cas de Baviera. Per la seva banda, cal destacar a títol d'exemple que fins a l'any 1991 el Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg havia tramitat 119 recursos d'empara municipals i el de Rin del Nord-Westfàlia 220 fins a l'any 1994.

48. L'art. 19.4 de la Constitució de Weimar va atorgar al Tribunal d'Estat del Reich la competència per resoldre aquests conflictes a l'interior dels *länder* en cas que no existís un tribunal del *land* competent sobre aquesta qüestió.

49. A Bremen, Hessen o Renània-Palatinat es fa difícil establir el nombre de conflictes entre òrgans constitucionals, atès que el procediment en què aquests es tramiten és el mateix que s'utilitza per portar a terme el control abstracte de constitucionalitat.

50. Zierlein, Karl-Georg, «Die Ersatzzuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts in landesverfassungsgesgerichtlichen Organstreitverfahren», AöR, 1993, pàg. 78.

és evident que, tot i l'existència de tribunals constitucionals propis, un nombre important de conflictes entre òrgans constitucionals dels *länder* es trasllada al Tribunal Constitucional Federal.

— Els trets bàsics del procediment davant dels tribunals constitucionals dels *länder*

La regulació dels conflictes entre òrgans constitucionals presenta un elevat grau d'homogeneïtat en el pla federal i dels *länder*. Originàriament, la influència d'ambdós nivells va ser mútua, tenint en compte que algunes constitucions dels *länder* van ser aprovades abans que la Llei Fonamental de Bonn. Però amb el pas del temps, aquesta homogeneïtat ha anat accentuant-se sobretot per la influència del Tribunal Constitucional Federal en els *länder*. Així, les reformes aprovades a Bremen i Hessen durant l'any 1994 han regulat de forma expressa la legitimació per interposar aquest tipus de conflictes, acabant parcialment amb unes regulacions que originàriament preveïen un mateix procediment per als conflictes entre òrgans constitucionals i per al control abstracte de constitucionalitat.⁵¹ D'altra banda, la regulació positiva del conflicte entre òrgans constitucionals als nous *länder* de l'est no únicament ha mantingut el mateix règim que a la resta de *länder*, sinó que també ha introduït aspectes que s'han anat consolidant sobretot a la jurisprudència del Tribunal Constitucional Federal.

Pel que fa a la legitimació per interposar els conflictes entre òrgans constitucionals, les normatives de tots els *länder* l'atorguen no solament als diversos òrgans constitucionals, sinó també a parts d'aquests òrgans que tinguin reconeguts, generalment en els reglaments parlamentaris, drets i deures que puguin ser violats per un òrgan constitucional. Tot i aquesta regulació positiva, cal destacar que la jurisprudència del Tribunal Constitucional Federal ha estat en molts casos més àmplia i no s'ha limitat, com es veurà tot seguit, a ser aplicable només als conflictes a escala federal. Això ha provocat que a tots els tribunals constitucionals dels *länder* s'hagi produït un fenomen d'ampliació de la legitimació per poder plantejar conflictes entre òrgans constitucionals, en virtut del qual aquesta s'ha estès jurisprudencialment als partits polítics, als grups parlamentaris i als mateixos membres del Parlament, fet que recentment ha estat fins i tot positivitzat en algun cas.⁵²

L'objecte d'aquests conflictes està integrat a tots els *länder* per una acció o omissió d'un òrgan constitucional que violi o posi en perill drets o deures dels recurrents. Aquests persegueixen en tot cas un pronunciament declaratiu dels seus drets o deures que ha de ser respectat per l'òrgan demandat. Finalment, tots els *länder* estableixen, a l'igual que a escala federal, un termini de sis mesos des del coneixement de l'acció o omissió que es qüestiona per presentar el corresponent conflicte. Només a Saarland aquest termini és més breu, concretament de tres mesos.

51. En el cas de l'art. 140 de la Constitució de Bremen, la reforma constitucional de 7 de novembre de 1994 ha regulat expressament la legitimació activa per part d'òrgans constitucionals o de parts d'aquests òrgans. Pel que fa al cas de Hessen, la nova Llei del Tribunal Constitucional de 30 de novembre de 1994 ha acabat amb la regulació unitària de la legitimació en tots els recursos i ha introduït una regulació específica per al conflicte entre òrgans constitucionals. Després d'aquestes reformes només a Renània-Palatinat existeix un procediment únic, en tots els sentits, que dona cabuda tant a aquests conflictes com al control abstracte d'inconstitucionalitat.

52. Així, per exemple, a la nova Llei del Tribunal Constitucional de Hessen, de 30 de novembre de 1994.

— El paràmetre de control. Especial referència a l'art. 21 GG

El paràmetre que ha d'utilitzar cada tribunal constitucional per resoldre els conflictes entre òrgans constitucionals és la Constitució del *land* respectiva. L'aparentment clar principi de separació entre les diverses jurisdiccions constitucionals tant dels *länder* com de la federació que es deriva d'aquest fet i que, com s'ha vist anteriorment, constitueix el principal criteri de delimitació entre aquestes, ha trobat, però, una primera excepció important en l'àmbit dels conflictes entre òrgans constitucionals.

Concretament, aquesta primera ruptura del principi de separació entre les diverses jurisdiccions constitucionals s'ha produït en relació a l'art. 21 GG, precepte que constitucionalitza els partits polítics i en virtut del qual el Tribunal Constitucional Federal els ha donat legitimació per ser part activa en els conflictes entre òrgans constitucionals federals.⁵³

La manca de constitucionalització dels partits polítics a molts *länder* va impedir que els seus tribunals constitucionals acoïssin inicialment aquesta jurisprudència i va provocar que els partits també acudissin al Tribunal Constitucional Federal, en virtut de la seva competència subsidiària per resoldre conflictes entre òrgans constitucionals dels *länder*. En aquestes circumstàncies, el Tribunal Constitucional Federal va desenvolupar la teoria de la projecció de la Llei Fonamental de Bonn a l'interior del dret constitucional dels *länder* (*Bestandteil-theorie*). Segons aquesta, determinats preceptes de la Constitució Federal, entre els quals es troba l'art. 21 GG, formen part del dret constitucional dels *länder* de forma directa i sense necessitat de cap tipus de recepció formal per part d'aquest.⁵⁴ Tenint en compte que l'art. 72.2 de la Llei del Tribunal Constitucional Federal estableix que en el procediment subsidiari davant del Tribunal Constitucional Federal s'ha d'utilitzar la Constitució del *land* com a paràmetre de control, aquesta era l'única possibilitat per estendre la seva jurisprudència en relació a la legitimació dels partits polítics a l'àmbit dels conflictes produïts a l'interior dels *länder*.

Malgrat les crítiques que aquesta jurisprudència ha suscitat en relació a l'autonomia constitucional dels *länder*,⁵⁵ amb ella el Tribunal Constitucional Federal ha imposat a tots els tribunals constitucionals dels *länder* la legitimació dels partits polítics per plantejar davant seu conflictes entre òrgans constitucionals. En aquest sentit, s'ha de tenir en compte, com es veurà més endavant, que l'art. 100.3 GG obliga els tribunals constitucionals dels *länder* a plantejar davant el Tribunal Constitucional Federal l'anomenada qüestió de divergència (*Divergenzvorange*) en cas de discrepància amb la interpretació de la Constitució Federal feta per aquest últim.

Tot i que d'aquesta manera s'ha reduït a la pràctica, com es veurà a continuació, la possibilitat d'activar la competència subsidiària del Tribunal Constitucional Federal prevista a l'art. 93.1.4 3r supòsit GG, és evident que aquesta jurisprudència és una primera mostra de la relativitat amb què ha d'entendre's la separació estricta teòricament existent entre les diverses jurisdiccions constitucionals.

53. BVerfGE 1, 208 (218)

54. *Vid.*, entre d'altres, BVerfGE 6, 367 (375); 22, 10 (28).

55. *Vid.*, en aquest sentit, Rozek, Jochen, *Das Grundgesetz als Prüfungs- und Entscheidungsmassstab der Landesverfassungsgerichte*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pàg. 182.

— La delimitació amb la competència del Tribunal Constitucional Federal prevista a l'art. 93.1.4 GG

La competència dels tribunals constitucionals dels *länder* per resoldre conflictes entre els seus òrgans constitucionals no presenta cap tipus de problema en relació a la competència paral·lela del Tribunal Constitucional Federal. A cada un dels procediments només poden intervenir els òrgans constitucionals dels *länder* o federals, amb la qual cosa no és possible que un mateix conflicte pugui interposar-se simultàniament o successiva davant del Tribunal Constitucional Federal i el del *land*.

Com s'acaba d'apuntar, els problemes de delimitació amb el Tribunal Constitucional Federal neixen, en canvi, en relació a la competència d'aquest últim per solucionar, com preveu l'art. 93.1.4 tercer supòsit GG, «els conflictes jurídicopúblics dintre d'un mateix *land* en la mesura en què no existeixi una altra via judicial». Aquest precepte estableix una competència immediata i subsidiària del Tribunal Constitucional Federal en virtut de la qual pot arribar a resoldre els conflictes sorgits a l'interior d'un *land* utilitzant com a paràmetre de control la seva respectiva constitució.⁵⁶

Més enllà d'alguns dels dubtes que inicialment va plantejar aquesta competència i que actualment són del tot pacífics,⁵⁷ el principal problema d'aquesta radica, a l'igual que en l'època de Weimar, en l'abast de la seva subsidiarietat, que en tot cas ha d'entendre's en relació a qualsevol procediment jurisdiccional, i no necessàriament en relació al propi conflicte entre òrgans constitucionals dels *länder*.

Si des d'un punt de vista abstracte es considera que l'important és la previsió d'una via jurisdiccional a l'interior del *land* per resoldre els conflictes entre òrgans constitucionals, independentment de la seva idoneïtat per al cas concret, és evident que aquesta competència quedaria buida de contingut, atès que, com s'ha vist anteriorment, tots els *länder* atorguen aquesta competència als seus tribunals constitucionals.

En canvi, si la subsidiarietat s'interpreta des d'un punt de vista concret com l'existència d'una via jurisdiccional oberta per resoldre el conflicte en qüestió, la competència del Tribunal Constitucional Federal esdevé decisiva per a aquells conflictes que no han pogut ser resolts a l'interior de cada *land* sobretot per problemes de legitimitació o de terminis.

Davant d'aquest problema interpretatiu, que no és possible solucionar clarament ni a partir d'un criteri gramatical, ni sistemàtic, ni històric, el Tribunal Constitucional Federal ha optat generalment per la perspectiva concreta, és a dir, per donar cabuda en la seva competència a aquells conflictes que no han pogut ser resolts a l'interior dels *länder*, perquè la seva regulació era més restrictiva que la prevista i desenvolupada a escala federal.⁵⁸ El Tribunal ha fonamentat en alguna ocasió la seva interpretació al·legant que, amb aquesta competència subsidiària, la Llei Fonamental de Bonn pretén

56. Cal destacar que aquesta competència és diferent de la que en el cas de Slesvig-Holstein es deriva de l'art. 99 GG. Com s'ha vist anteriorment, en virtut d'aquest precepte, el Tribunal Constitucional Federal resol de forma principal i mediata (és necessària una atribució legal del mateix *land*) les disputes jurídicoinstitucionals (no només entre òrgans constitucionals) sorgides a l'interior d'un *land* i que li han estat específicament atribuïdes.

57. En aquest sentit cal destacar, per exemple, que tot i la literalitat de l'art. 93.1.4 GG, el Tribunal Constitucional Federal ha considerat que aquest procediment només pot englobar els conflictes entre òrgans constitucionals. En aquest sentit, *vid.* BVerfGE 27, 240 (245); 31, 371 (377); 60, 175 (199); 60, 319 (324).

58. *Vid.*, al respecte, BVerfGE 4, 375 (377); 27, 240 (246); 60, 175 (205).

garantir un control complet de tots els conflictes que puguin sorgir a l'interior dels *länder*.

Aquesta interpretació de la competència subsidiària del Tribunal Constitucional Federal compartida per la major part de la doctrina⁵⁹ ha contribuït indirectament a fomentar el procés d'homogeneïtzació del règim jurídic d'aquesta competència en l'àmbit dels *länder*. A més, aquest fenomen ha acabat provocant que la competència subsidiària del Tribunal Constitucional no plantegi en l'actualitat excessius problemes a la pràctica, ja que en la majoria de casos acostuma a existir una possibilitat real de plantejar recurs davant del Tribunal Constitucional del *land* respectiu. En aquest sentit, cal destacar que malgrat haver-se presentat uns 45 conflictes en el marc d'aquesta competència subsidiària del Tribunal Constitucional Federal, només tretze han acabat en sentència, que en cap cas ha estat estimatòria. La resta de procediments no han estat admesos en virtut de la clàusula de subsidiarietat.

Lògicament, aquesta interpretació de la clàusula de subsidiarietat planteja problemes des del punt de vista del principi federal.⁶⁰ Malgrat que els *länder* gaudeixen, en principi, d'autonomia per regular lliurement, excepte indicació expressa de la Constitució federal, les competències dels seus tribunals constitucionals, és evident que tant des d'un punt de vista teòric com a la llum del procés d'homogeneïtzació que ha desencadenat, el caràcter expansiu de la competència subsidiària del Tribunal Constitucional Federal posa seriosament en perill l'heterogeneïtat que està implícita en el sistema federal alemany.

b) El control de constitucionalitat de les normes dels *länder*

Un altra competència que tenen atribuïda tots els tribunals constitucionals dels *länder* és la del control de constitucionalitat de les respectives normes del *land*. Materialment, aquest control pot tenir lloc en procediments que no necessàriament tenen per objecte el control de normes, com és el cas del mateix conflicte entre òrgans constitucionals o del recurs d'empara.⁶¹ Però més enllà d'aquesta possibilitat, tots els tribunals constitucionals també preveuen diversos procediments específics de control de constitucionalitat de normes.

El marge de maniobra de les constitucions dels *länder* i de les lleis dels respectius tribunals constitucionals a l'hora de regular aquests procediments no és uniforme, tenint en compte les previsions que en alguns casos conté la Constitució Federal. En aquest sentit cal destacar que l'art. 100.1 GG imposa directament als jutges ordinaris l'obligació de plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat davant del «tribunal del

59. Vid., Pestalozza, Christian, *Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, C.H. Beck, Munic, 1991, pàg. 157; Friesenhahn, Ernst, «Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit» a Starck, Christian (ed.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz und Grundgesetz*, Vol. II, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1976, pàg. 784; Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C.H. Beck, München, 1994, marg. 100; Benda/Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 1991, marg. 1042.

60. En aquest sentit, destaquen les crítiques de Zierlein, Karl-Georg, *op. cit.*, j Betghe, Herbert, *op. cit.*, pàg. 263.

61. En el cas de Saxònia-Anhalt cal tenir en compte, però, que només es preveu el recurs d'empara contra lleis, cosa que implica que en aquest *land* el recurs d'empara és un procediment específic de control de constitucionalitat de normes.

land competent per als conflictes constitucionals» quan considerin que la llei que han d'aplicar és contrària a la Constitució del *land*. L'art. 100.1 GG atribueix, doncs, per ell mateix, aquesta competència als tribunals constitucionals dels *länder*, de tal manera que la seva existència no depèn del que disposi l'ordenament del mateix *land*.

Per la seva banda, l'art. 93.1.4 b de la Llei Fonamental de Bonn estableix una competència subsidiària per part del Tribunal Constitucional Federal en relació als recursos d'empara dels municipis o agrupacions de municipis contra les lleis dels *länder* que violin el seu dret a l'autonomia previst a l'art. 28 GG, la qual cosa, com es veurà, ha condicionat materialment la jurisprudència dels tribunals constitucionals dels *länder*.

Més enllà d'aquests dos procediments concrets de control de constitucionalitat, la Llei Fonamental de Bonn deixa als *länder* una llibertat absoluta per establir altres competències per garantir que les normes dels *länder* s'ajustin a la Constitució del *land*. Els diferents *länder* han fet un ampli ús d'aquesta possibilitat, i tots ells han previst, normalment de forma semblant a l'establert a escala federal, un procediment de control abstracte que pot iniciar-se generalment a instància del Govern del *land* o d'una minoria parlamentària. Més enllà d'aquest procediment de control abstracte de constitucionalitat, alguns *länder* han previst la possibilitat que el seu tribunal constitucional també porti a terme un control previ de les reformes constitucionals⁶² o, en algun cas, fins i tot un control de legalitat de les normes del *land*.⁶³

Les particularitats de tots aquests procediments de control de constitucionalitat aconsellen realitzar una anàlisi separada dels més importants i deixar per al final l'estudi de la seva delimitació amb els procediments que de forma paral·lela es preveuen en l'àmbit del Tribunal Constitucional Federal.

— La qüestió d'inconstitucionalitat

Com s'acaba d'assenyalar, es tracta d'una competència de tots els tribunals constitucionals dels *länder* imposada directament per l'art. 100.1 GG, precepte que d'aquesta manera també integra el dret constitucional dels *länder*. Sense necessitat que ho prevegin ni les constitucions ni les respectives lleis dels tribunals constitucionals,⁶⁴ els jutges vénen obligats per la pròpia Llei Fonamental de Bonn a paraitzar el procediment en curs i interposar la qüestió d'inconstitucionalitat davant del respectiu tribunal constitucional quan considerin que la llei del *land* aplicable al cas és contrària a la Constitució del *land*.

Tot i que la regulació concreta d'aquest procediment és bastant semblant a la qüestió d'inconstitucionalitat prevista a escala federal,⁶⁵ cal destacar que a alguns *län-*

62. Aquesta competència està prevista generalment als *länder* més antics, com és el cas de Baden-Württemberg, Baviera, Renània-Palatinat, Baixa Saxònia i el Saarland, per tal de garantir preventivament que els projectes de reforma constitucional respectin els principis estructurals dels *länder* que es deriven de la clàusula d'homogeneïtat de l'art. 28.1 GG. Com s'ha posat de manifest anteriorment, les regulacions més modernes dels tribunals constitucionals no incorporen un procediment paral·lel, a excepció del nou Tribunal Constitucional de Saxònia.

63. Com es veurà més endavant, aquest és el cas d'Hamburg i, de forma indirecta, de Bremen.

64. En aquest sentit, cal destacar que les constitucions de Rin del Nord-Westfàlia i Saarland no preveuen l'existència d'aquest procediment.

65. Els requisits de rellevància i motivació de la qüestió d'inconstitucionalitat i la seva tramitació davant del tribunal constitucional són pràcticament idèntics en ambdós nivells. Només cal destacar que a Baden-Württemberg i al Saarland no es preveu, almenys expressament, que les parts del cas *a quo* puguin participar en el procés constitucional.

der, concretament als més antics, subsisteixen algunes particularitats importants. D'una banda, a Baden-Württemberg, Hessen, Baixa Saxònia i, fins a la reforma constitucional de 1994, a Bremen, les qüestions d'inconstitucionalitat no són presentades per qualsevol jutge ordinari de forma directa davant del respectiu tribunal constitucional, sinó que generalment s'han de presentar indirectament a través del tribunal superior del *land* que sigui competent en la matèria.⁶⁶ Aquesta regulació, existent també a escala federal fins a l'any 1956, no ha presentat excessius problemes des d'un punt de vista jurídic, si es parteix de la base que la Llei Fonamental de Bonn no exigeix que la qüestió d'inconstitucionalitat s'interposi de forma directa, i aquesta intervenció dels tribunals superiors no introdueix la possibilitat de vedar-ne o dilatar-ne la tramitació.

D'altra banda, a alguns *länder* es preveu la possibilitat de presentar qüestions d'inconstitucionalitat també en relació a lleis preconstitucionals⁶⁷ (possibilitat tradicionalment exclosa a escala federal per la pròpia jurisprudència del Tribunal Constitucional Federal)⁶⁸ i en d'altres fins i tot en relació a normes infralegals.⁶⁹ Jurídicament, aquesta regulació més àmplia de les qüestions d'inconstitucionalitat no presenta problemes si es considera que la regulació de l'art. 100.1 GG és una «regulació de mínims»,⁷⁰ que deixa espai als *länder* perquè estableixin, fent ús de l'autonomia que es deriva del principi federal, uns requisits més amplis.

A la pràctica, cal destacar que aquestes peculiaritats no han tingut una incidència destacada en l'ús que a cada *land* s'ha fet d'aquest procediment. Però sí que poden haver influït en el fet que a escala dels *länder* les qüestions d'inconstitucionalitat siguin molt menys freqüents que a escala federal. En aquest sentit, mentre que en l'àmbit del Tribunal Constitucional Federal aquest procediment és el segon més utilitzat a la pràctica, en l'àmbit dels tribunals constitucionals dels *länder* les estadístiques posen de manifest que les qüestions d'inconstitucionalitat només representen entre un 4 i un 36 % del total de procediments, sense que cap tribunal hagi superat les 23 qüestions d'inconstitucionalitat. La necessitat d'acudir en alguns casos a altres instàncies per tal d'iniciar un procediment d'aquest tipus i la pèrdua de protagonisme que comporta el fet d'haver de presentar qüestions d'inconstitucionalitat també en relació amb lleis preconstitucionals o a normes infralegals semblen provocar, com es veurà més endavant, que en molts casos els jutges ordinaris evitin haver d'acudir als tribunals constitucionals dels *länder* quan considerin que una norma del *land* és inconstitucional.

— El recurs d'inconstitucionalitat

A diferència del que succeeix amb la qüestió d'inconstitucionalitat, la Llei Fonamental de Bonn no conté cap regulació en relació al recurs d'inconstitucionalitat davant dels tribunals constitucionals dels *länder*. Només regula aquesta competència a escala federal atorgant a una tercera part del *Bundestag*, al Govern federal i al Govern dels *länder* la possibilitat d'impugnar, directament i sense cap mena de termini, davant

66. En el cas de Bremen, fins a la reforma constitucional de l'any 1994 es preveia que les qüestions d'inconstitucionalitat s'havien d'interposar a través del propi Govern del *land*.

67. Concretament, a Baden-Württemberg i a Baviera. En el primer cas es tracta d'una previsió legal, mentre que en el segon es deriva de la pròpia jurisprudència constitucional.

68. BVerfGE 2, 124 (128); 32, 296 (299); 66, 248 (254); 70, 126 (129).

69. És el cas de Baviera, Hamburg, Hamburg, Hessen i, fins a la reforma de 1994, de Bremen.

70. *Vid.* Friesenhahn, Ernst, *op. cit.*, pàg. 779.

del Tribunal Constitucional Federal, qualsevol norma federal (independentment del seu rang i del moment d'elaboració) que considerin contrària a la pròpia Llei Fonamental, així com qualsevol norma dels *länder* que pugui violar una norma de l'ordenament federal (art. 93.1.2 GG).

Per la seva banda, els *länder* han previst sense excepció procediments mitjançant els quals el Govern i les minories parlamentàries poden impugnar davant del respectiu tribunal constitucional les normes del *land* que considerin contràries a la seva constitució. Atesa la recent consolidació definitiva del control abstracte de constitucionalitat, no ha d'estranyar que algunes normes dels textos constitucionals anteriors a la pròpia Llei Fonamental de Bonn no en prevegin un procediment autònom sinó que, com s'ha apuntat anteriorment, aquest control abstracte es continuï realitzant en el mateix procediment en què es tramita el conflicte entre òrgans constitucionals.⁷¹

En canvi, totes les constitucions posteriors a la Llei Fonamental de Bonn preveuen procediments autònoms per al control abstracte de constitucionalitat que estan clarament influïts per la regulació a escala federal. En aquest sentit, generalment s'utilitza la mateixa fórmula per anunciar aquesta competència i se'n preveuen dues modalitats: que els legitimats considerin que la norma en qüestió és inconstitucional o que creuin que és constitucional després d'haver estat inaplicada en un cas concret.⁷² També, s'estableix que l'objecte d'aquests procediments és qualsevol norma del *land*, independentment del seu rang i del moment d'aprovació.

Les diverses regulacions dels *länder* també ofereixen, no obstant això, alguns trets diferenciats que s'han de destacar. Per una banda i pel que fa als requisits de legitimació, tots els *länder* l'atorguen als seus governs (en el cas de Hessen també al seu ministre-president a títol individual) i a les minories parlamentàries. En aquest sentit, però, les previsions solen ser més àmplies que a escala federal, ja que en molts casos també s'atorga legitimació a un nombre sensiblement inferior de parlamentaris.⁷³ Més enllà de l'àmbit parlamentari, excepcionalment alguns *länder* també donen legitimació a corporacions de dret públic,⁷⁴ al Tribunal de Comptes o al Ministeri Públic⁷⁵ i, fins i tot, a un grup d'electors⁷⁶ o, com en el cas de la *Popularklage* bàvara en l'àmbit dels drets fonamentals, a qualsevol ciutadà.⁷⁷

D'altra banda, alguns *länder*⁷⁸ no solament estenen el control de constitucionalitat a totes les normes del *land*, sinó que preveuen la possibilitat d'utilitzar també qualse-

71. Aquest és el cas dels procediments previstos als art. 140.1 i 130.1 de les constitucions de Bremen i Renània-Palatinat respectivament.

72. Cal tenir en compte, però, que igual que a escala federal, aquesta segona modalitat és molt poc utilitzada a la pràctica.

73. En aquest sentit, cal destacar que mentre a escala federal la legitimació es dona a una tercera part del *Bundestag*, a Baden-Württemberg, Hamburg, Saxònia i Saxònia-Anhalt s'atorga a una quarta part del *Landtag*, a Brandenburg, Bremen, Baixa Saxònia i Turingia a una cinquena part i a Hessen a una desena part. En aquests dos últims *länder* fins i tot s'atorga legitimació a cada grup parlamentari.

74. Aquest és el cas de Bremen i Renània-Palatinat. Com es veurà tot seguit, aquesta regulació provoca que el recurs d'empara municipal no es prevegi de forma expressa a aquests *länder*.

75. Art. 19.2 apartats 7 i 8 de la Llei del Tribunal Constitucional de Hessen.

76. Art. 19.2 apartat 3 de la mateixa Llei del Tribunal Constitucional de Hessen.

77. Art. 98.4 de la Constitució de Baviera. En aquest mateix sentit, també s'ha de destacar que la majoria de *länder* accepten la possibilitat de presentar recursos d'empara directament contra lleis del *land*.

78. Aquest és el cas de Bremen (en el procediment previst a l'art. 140.1 de la seva Constitució) i Hamburg (tal i com preveu expressament l'art. 64.2 de la respectiva Constitució).

vol norma del *land* com a paràmetre de control, de tal forma que el control abstracte pot donar cabuda a un control de legalitat.

Pel que fa al contingut de les decisions dels tribunals constitucionals, deixant de banda el fet que la majoria de tribunals constitucionals ha aollit la figura de la inconstitucionalitat sense nul·litat no sols jurisprudencial, sinó també legalment,⁷⁹ cal destacar que de forma excepcional a Renània-Palatinat el contingut de les decisions del Tribunal Constitucional es regula al marge de la nul·litat.⁸⁰

Per últim, cal assenyalar que excepte a Baviera, on la *Popularklage* fa augmentar de forma espectacular els supòsits de control de constitucionalitat, i a Renània-Palatinat i Bremen, on la regulació de la legitimació dóna cabuda en el mateix procediment al control a instància dels municipis, les dades estadístiques dels altres tribunals constitucionals posen de manifest que l'ús d'aquest procediment és semblant al de les qüestions d'inconstitucionalitat.⁸¹ Si es té en compte que els recursos d'inconstitucionalitat que arriben al Tribunal Constitucional Federal també acostumen a ser pocs, aquestes dades serveixen sobretot per posar un cop més de manifest l'escàs ús que a escala dels *länder* es fa de les qüestions d'inconstitucionalitat.

— El recurs d'empara municipal. Especial referència a la competència subsidiària del Tribunal Constitucional Federal prevista a l'art. 93.1.4. *b GG*

A diferència del recurs i la qüestió d'inconstitucionalitat, el recurs d'empara municipal, mitjançant el qual els municipis o les agrupacions de municipis poden impugnar directament qualsevol norma del *land* per violar l'autonomia local garantida a la seva constitució, és una de les competències dels tribunals constitucionals dels *länder* més utilitzades a la pràctica. En aquest sentit, cal destacar l'enorme repercussió que aquest procediment va adquirir sobretot als anys setanta com a conseqüència del moviment de reformes en l'àmbit de l'Administració local a *länder* com Baden-Württemberg o Rin del Nord-Westfàlia,⁸² així com el cas de Baixa Saxònia, on la introducció d'aquesta competència a la nova Constitució de 1993 ha suposat un augment molt destacat de l'activitat del Tribunal Constitucional.⁸³

79. Aquest fenomen s'ha produït sobretot en els darrers anys no només a la major part de nous *länder* de l'est, sinó també a *länder* antics com és el cas de Rin del Nord-Westfàlia (1989) i a Hessen (1994).

80. L'art. 26 de la Llei del Tribunal Constitucional no només preveu que la inconstitucionalitat sense nul·litat és l'única decisió de caràcter estimatori possible, sinó que atorga al Tribunal Constitucional la possibilitat d'establir un termini, en cap cas posterior a la publicació de la sentència, a partir del qual s'ha de considerar que la inconstitucionalitat té efectes. En aquest mateix sentit, també cal destacar que fins a la reforma legal de 1994 a Hessen es preveia que la inconstitucionalitat sense nul·litat era la decisió ordinària, mentre que es reservava la nul·litat per als supòsits de violació dels principis estructurals del *land*.

81. Els recursos d'inconstitucionalitat acostumen a representar entre el 3 i el 28 per cent del total de procediments tramitats als tribunals constitucionals dels *länder*. En nombres absoluts, els respectius tribunals constitucionals han tramitat 7 recursos d'aquest tipus a Baden-Württemberg (fins al 1991), 10 a Rin del Nord-Westfàlia (fins al 1994) i 11 a Hamburg (fins al 1989, tot i tenint en compte l'amplitud del seu objecte i paràmetre de control).

82. Com posen de manifest les estadístiques, a Baden-Württemberg es van produir 74 recursos d'empara municipal només durant l'any 1974 i el conjunt d'aquests procediments representa el 60% de l'activitat total del Tribunal. Per la seva banda, a Rin del Nord-Westfàlia es poden comptabilitzar en total més de 220 recursos d'empara municipals, xifra que suposa un 79% de l'activitat total del seu Tribunal Constitucional.

83. En aquest sentit, cal destacar que fins al mes de setembre de 1994 es van comptabilitzar uns 40 recursos d'empara municipal, xifra que ve a coincidir amb el volum total d'activitat del Tribunal Constitucional a la reforma constitucional de 1993.

Mentre que a la majoria de *länder* el recurs d'empara municipal és un procediment autònom previst constitucionalment i/o legalment, cal destacar que a alguns *länder* el control de constitucionalitat a instància dels municipis té cabuda en el marc d'altres competències dels respectius tribunals constitucionals. En aquest sentit, cal destacar que a Bremen i Renània-Palatinat la legitimació del procediment de control abstracte de constitucionalitat inclou expressament els municipis o corporacions de dret públic, mentre que a Baviera i Hessen els respectius tribunals constitucionals han equiparat l'autonomia local amb els drets fonamentals per possibilitar aquest tipus d'impugnació en el marc de la *Popularklage* i del recurs d'empara ordinari respectivament.

L'extensió legal o jurisprudencial d'aquest tipus d'impugnacions a la majoria de tribunals constitucionals dels *länder* està clarament influïda per la pròpia Llei Fonamental de Bonn. De forma semblant al que s'ha exposat en relació als conflictes entre òrgans constitucionals, l'art. 93.1.4.b GG no solament estableix la competència del Tribunal Constitucional Federal per resoldre els recursos d'empara presentats pels municipis contra normes federals de qualsevol rang,⁸⁴ sinó que també li atribueix la mateixa competència en relació a les lleis dels *länder* «només en la mesura en què no sigui possible interposar l'empara davant del (respectiu) tribunal constitucional del *land*».⁸⁵

A diferència del que succeeix en l'àmbit dels conflictes entre òrgans constitucionals, en aquests casos el Tribunal Constitucional Federal no utilitza com a paràmetre de control la constitució del respectiu *land* (art. 72.2 de la Llei del Tribunal Constitucional Federal), sinó el mateix art. 28 de la Constitució Federal (art. 93.1.4.b GG i 91 de la mateixa Llei). L'ús d'aquest paràmetre per part del Tribunal Constitucional Federal provoca que el sempre difícil problema de l'abast de la subsidiarietat de la competència del Tribunal Constitucional Federal no únicament pugui contemplar-se, en principi, des d'una perspectiva processal, sinó també material.

Des del primer punt de vista, la competència del Tribunal Constitucional Federal decau si al respectiu *land* existeix qualsevol procediment jurisdiccional, sigui o no el mateix recurs d'empara municipal, per tal que els municipis o les agrupacions de municipis impugnin directament la Llei del *land* davant del respectiu tribunal constitucional.

L'existència de tal possibilitat a la gran majoria de *länder*, el fet que generalment la legitimació s'atorgui, a l'igual que en l'àmbit federal, a municipis i agrupacions de municipis⁸⁶ i que l'objecte de la impugnació sigui qualsevol norma del *land* amb independència del seu rang⁸⁷ provoquen que la competència subsidiària del Tribunal

84. Tot i que l'article utilitza el terme de «lleis», el Tribunal Constitucional Federal sempre l'ha interpretat en sentit material. *Vid.*, entre d'altres, BVerfGE 26, 228 (236); 71, 25 (34); 76, 107 (114); 78, 331 (340).

85. En haver-se constitucionalitzat a l'any 1969, quan ja s'havien generalitzat els tribunals constitucionals dels *länder*, aquest precepte ja hi fa referència explícita, a diferència del que passa amb els conflictes entre òrgans constitucionals, on, com s'ha vist anteriorment, la subsidiarietat entra en joc si no existeix «una altra via judicial».

86. En alguns casos com Mecklenburg-Pomerània i Saxònia també s'inclou expressament als districtes.

87. Com s'acaba d'apuntar (*vid.* nota 84), el Tribunal Constitucional Federal ha defensat aquesta interpretació material de l'art. 93.1.4.b GG. Es tracta d'una interpretació que a falta del que puguin establir els nous tribunals constitucionals de l'est, s'ha estès a tots els *länder*, excepte a Baden-Württemberg, on la Sentència de 20 de juny de 1968 (ESVG 19, 123) va considerar que per evitar problemes amb el Tribunal Contenciós Administratiu (VGH) només podien impugnar-se lleis formals.

Constitucional Federal quedi reduïda, des d'aquest punt de vista, a molts pocs supòsits. Concretament, aquesta competència només entra en joc en els casos de Slesvig-Holstein, on l'atribució de competències al Tribunal Constitucional Federal sobre la base de la previsió de l'art. 99 GG no inclou aquest procediment, d'Hamburg, que en tant ciutat-estat no preveu cap procediment d'aquest tipus,⁸⁸ i de Baviera, només en la mesura en què l'art. 11.2 de la seva Constitució tan sols reconeix l'autonomia local als municipis i no a les agrupacions de municipis.⁸⁹

Des d'un punt de vista material i atès que el Tribunal Constitucional Federal utilitza com a paràmetre de control l'art. 28 GG, es podria plantejar el problema de si la seva competència també entra en joc en els supòsits en què els tribunals constitucionals dels *länder* protegeixin l'autonomia municipal a un nivell diferent del que es fa en aquest precepte, tal i com és interpretat per la jurisprudència constitucional federal.⁹⁰ En darrera instància, la resposta a aquest problema depèn de la interpretació material de l'art. 28 GG i, concretament, de la llibertat que deixi als *länder* per regular l'autonomia local. En aquest sentit, cal tenir en compte que l'art. 28.2 GG conté un mandat d'homogeneïtzació (*Homogenitätsgebot*) que, tot i que deixa un marge d'actuació a les constitucions dels *länder*, té una incidència directa en el seu dret constitucional. Des d'aquest punt de vista, pot defensar-se que els tribunals constitucionals dels *länder* no poden apartar-se de la interpretació d'aquest precepte feta pel Tribunal Constitucional Federal, sense plantejar abans l'anomenada qüestió de divergència prevista a l'art. 100.3 GG.

Més enllà d'aquest problema jurídicomaterial, cal destacar que a la pràctica la jurisprudència de tots els tribunals constitucionals ha estat fins ara molt homogènia a l'hora de donar contingut a l'autonomia local.⁹¹ Bé perquè els *länder* que han concretat l'autonomia local en els seus textos constitucionals ho han fet de manera semblant a la Constitució Federal, bé perquè el marge d'actuació dels *länder* que es deriva dels art. 28.2 i 100.3 GG és petit, o perquè s'ha volgut evitar precisament l'entrada en joc de la competència subsidiària del Tribunal Constitucional Federal. El cert és que tots els tribunals constitucionals han anat construint conjuntament la garantia institucional de l'autonomia local. Aquesta homogeneïtat en la seva interpretació material i l'esmentada similitud processal dels diversos procediments expliquen, doncs, que la competència subsidiària del Tribunal Constitucional Federal prevista en l'art. 93.1.4. *b* GG gairebé no hagi entrat en joc a la pràctica.

88. No així a Bremen perquè es tracta de dos municipis, ni a Berlín, on l'art. 14.9 de la Llei del Tribunal Constitucional estableix una competència per la qual els districtes de la ciutat poden impugnar les normes que delimiten les competències entre l'Administració principal i els propis districtes.

89. En el cas de Baden-Württemberg, on com s'ha dit la jurisprudència constitucional ha interpretat que només poden impugnar-se lleis formals, la situació és confusa, ja que la literalitat de l'art. 93.1.4. *b* GG fa dependre la subsidiarietat de l'existència d'un procediment davant del respectiu tribunal constitucional, mentre que en relació a normes infralegals els municipis i les agrupacions de municipis poden protegir la seva autonomia davant del Tribunal Contencions Administratiu del *Land*.

90. En aquest sentit, *vid.* Kettler, Dietmar, «Zur Subsidiarität der Kommunalverfassungsbeschwerde nach Bundesrecht gegenüber der nach Landesrecht für Gemeinden in den neuen Bundesländern», *Landes- und Kommunalverwaltung*, 4/1995, pàg. 132-135.

91. En aquest sentit, *vid.* Knemeyer, Franz Ludwig, «Kommunale Neugliederung vor den Landesverfassungsgerichten», a Starck/Stern, *op. cit.*, vol. III, pàg. 149.

— La delimitació amb les competències homòlogues del Tribunal Constitucional Federal

Més enllà de les dificultats que s'acaben de posar de manifest en relació a la competència subsidiària del Tribunal Constitucional Federal en l'àmbit del recurs d'empara municipal, cal destacar que tots aquests procediments de control de constitucionalitat de normes per part dels tribunals constitucionals dels *länder* poden presentar problemes de delimitació amb les competències que de forma paral·lela té atribuïdes el Tribunal Constitucional Federal. La previsió de recursos, qüestions d'inconstitucionalitat i recursos d'empara municipals a nivell federal (art. 93.1.2, 100.1 i 93.1.4.b GG, respectivament) plantegen la necessitat de determinar la jurisdicció a la qual es pot o s'ha d'acudir en cada cas.

En aquest sentit, cal destacar que l'objecte de control només és un criteri parcial a l'hora de delimitar les competències d'ambdues jurisdiccions constitucionals. Atès que les normes federals no estan sotmeses a les constitucions dels *länder*, és evident que no poden ser controlades pels respectius tribunals constitucionals, sinó sols pel Tribunal Constitucional Federal. En canvi, les normes dels *länder* estan sotmeses tant a la Llei Fonamental de Bonn com a la respectiva constitució del *land*, la qual cosa implica que, excepte quan existeixi una clàusula de subsidiarietat com en el cas del recurs d'empara municipal (art. 93.1.4.b GG), aquestes poden ser impugnades indistintament davant del respectiu tribunal constitucional del *land* i/o del Tribunal Constitucional Federal.

Els requisits de legitimació per acudir a cada un dels tribunals poden fer desaparèixer aquesta doble via d'impugnació des d'un punt de vista subjectiu en alguns supòsits, però cal destacar que tant els jutges ordinaris com els respectius governs dels *länder* sempre estan legitimats per impugnar les normes dels *länder* davant ambdues jurisdiccions. Més enllà de l'àmbit bàsicament subjectiu, la manca de terminis per instar el control de constitucionalitat als respectius tribunals constitucionals possibilita que una mateixa norma del *land* pugui ser controlada pel Tribunal Constitucional del *land* o pel Tribunal Constitucional Federal de forma simultània o successiva.

Independentment dels problemes que, com es veurà més endavant, implica la possibilitat d'aquest doble control, cal destacar que el criteri bàsic de delimitació entre ambdós tribunals és el del seu respectiu paràmetre de control. El Tribunal Constitucional Federal controla les normes federals i dels *länder* a la llum de la Llei Fonamental de Bonn i, en el cas de les segones, també de la resta del dret federal. Per la seva banda, els tribunals constitucionals dels *länder* només controlen l'adequació de les normes dels *länder* a la respectiva Constitució del *land* i, en alguns casos, com s'ha vist, a la resta de normes del *land*.

La utilització de paràmetres de control diferents té com a conseqüència que el principi de separació (*Trennungsprinzip*) s'hagi estès, com s'ha posat de manifest anteriorment, com a principi rector de les relacions entre ambdues jurisdiccions constitucionals. Des d'aquest punt de vista, tant la jurisprudència constitucionals com la doctrina científica acostumen a assenyalar que cada un dels tribunals es mou de forma independent en el seu respectiu espai constitucional.

No obstant això, com s'ha anat posant de manifest en algunes de les competències analitzades fins ara, la realitat és molt més complexa del que sembla derivar-se d'aquest simple principi de separació. En aquest sentit, cal tenir en compte que en el sistema

federal alemany els respectius espais constitucionals de la Federació i dels *Länder* no estan absolutament separats. La integració dels *Länder*, en la Federació i l'homogeneïtat que en determinats aspectes imposa la Constitució Federal als *Länder* provoca que aquests espais siguin bàsicament independents, sense que això impliqui que estiguin completament aïllats. D'aquí que tant des d'un punt de vista material com processal existeixin diverses zones de contacte, punts d'incidència i possibilitats d'encavalcament entre els respectius espais constitucionals de la Federació i dels *Länder*, que en molts casos augmenten les possibilitats d'un doble control.

Des d'un punt de vista material, l'estricta separació entre els espais constitucionals federal i del *Land* presenta diversos punts de ruptura. D'una banda cal destacar que, com s'ha vist en relació a l'art. 21 GG a l'hora d'analitzar els conflictes entre òrgans constitucionals, el propi Tribunal Constitucional Federal ha defensat que determinades normes de la Constitució Federal són parts integrants de les constitucions dels *Länder* de forma directa i immediata, és a dir, sense necessitat de cap recepció formal per part d'aquestes. Aquesta anomenada «teoria de les parts integrants» (*Bestandteiltheorie*) també sembla aplicable, entre d'altres, als art. 31 (clàusula de prevalença del dret federal), 33 (equiparació de drets i deures entre tots els alemanys i drets dels funcionaris), 70 i següents (sistema de distribució de competències), i a l'art. 142 (subsistència dels drets fonamentals dels *Länder*) GG. Independentment que la determinació exacta d'aquests preceptes no sigui pacífica en tots els casos, el cert és que aquesta teoria implica que els tribunals constitucionals dels *Länder* també utilitzen com a paràmetre de control determinades normes de la Llei Fonamental de Bonn.

D'altra banda, el Tribunal Constitucional Federal també ha reconegut que altres preceptes de la Constitució Federal contenen mandats d'homogeneïtzació (*Homogenitätsgebote* o *Normativbestimmungen*) en relació als diversos espais constitucionals dels *Länder*. En aquest sentit no únicament destaca la clàusula d'homogeneïtat del primer apartat de l'art. 28 GG, sinó també, com s'ha vist anteriorment, la garantia institucional de l'autonomia local establerta en el segon apartat d'aquest precepte. Malgrat que aquestes normes deixen un àmbit d'autonomia a les constitucions dels *Länder* per concretar-les, també tenen uns continguts materials mínims que en tot cas formen part del propi dret constitucional dels *Länder*.

Totes dues figures posen de manifest, doncs, que el dret constitucional dels *Länder* no és un concepte formal limitat a les normes contingudes en el respectiu document constitucional, sinó que també està integrat per algunes normes de la pròpia Llei Fonamental de Bonn. Això implica que el paràmetre de control dels tribunals constitucionals dels *Länder* no està totalment separat, almenys des d'un punt de vista material, del paràmetre de control del Tribunal Constitucional Federal.

Finalment, també s'ha de tenir en compte que a la Federació i als *Länder* existeixen tot un conjunt de normes constitucionals amb idèntic contingut material (*inhaltsgleiches Verfassungsrecht*). Així, en l'àmbit dels drets fonamentals diverses constitucions dels *Länder*⁹² contenen una clàusula expressa de recepció del catàleg de drets de la Constitució Federal que provoca que aquests també formin part del dret constitucional del *Land*. Per la seva banda, l'art. 142 GG garanteix la subsistència dels drets fonamentals recollits de forma autònoma a les constitucions d'alguns *Länder* sempre

92. Concretament, les de Baden-Württemberg, Rin del Nord-Westfàlia, així com, recentment, les de Baixa Saxònia i Mecklenburg-Pomerània.

que siguin coincidents amb els drets fonamentals federals. L'existència de drets fonamentals materialment coincidents a nivell federal i dels *länder* ha provocat un important debat sobre si es tracta, com inicialment va defensar Geiger,⁹³ d'un sol dret amb dues garanties jurisdiccionals diferents o de drets fonamentals materialment diversos.⁹⁴ Com es veurà més endavant, aquest debat té unes repercussions processals clares que també afecten d'altres competències dels tribunals constitucionals.

Al marge d'aquest debat sobre els drets fonamentals, cal destacar que a la resta d'àmbits el Tribunal Constitucional Federal també ha reconegut l'existència de normes constitucionals dels *länder* de contingut idèntic a les federals.⁹⁵ Tot i utilitzar paràmetres de control formalment diferents, aquesta coincidència material no solament suscita la possibilitat d'un doble control per part d'ambdues jurisdiccions constitucionals, sinó també, com es veurà tot seguit, el problema de si en aquests casos l'espai constitucional en què es mouen els tribunals constitucionals dels *länder* és totalment independent de l'espai constitucional federal.

Com s'ha apuntat anteriorment, el principi de separació entre les jurisdiccions constitucionals federal i dels *länder* també presenta alguns punts de ruptura des d'un punt de vista processal. Anteriorment ja s'ha vist que, en relació a Slesvig-Holstein el Tribunal Constitucional Federal utilitza la Constitució d'aquest *land* per portar a terme el control de constitucionalitat intern de les seves normes, si bé en aquests casos no actua estrictament com a òrgan federal, sinó com a Tribunal Constitucional del *land*. D'igual manera, s'ha de recordar que en l'àmbit de la seva competència subsidiària en relació als conflictes entre òrgans constitucionals d'un *land*, el Tribunal Constitucional Federal també utilitza la Constitució del *land* com a paràmetre de control.

Però més enllà d'aquests supòsits, s'ha de destacar que determinats procediments previstos a la Constitució Federal impliquen que els tribunals constitucionals dels *länder* també utilitzen en alguns casos la Constitució Federal com a paràmetre de control. Així, l'art. 100.1 GG els obliga a utilitzar-la, si més no, per controlar incidentalment la constitucionalitat del seu propi paràmetre de control i presentar, si escau, la corresponent qüestió d'inconstitucionalitat davant del Tribunal Constitucional Federal.

Per la seva banda, la figura de la qüestió de divergència prevista, com s'ha dit anteriorment, a l'art. 100.3 GG, i segons la qual els tribunals constitucionals dels *länder* s'han de dirigir al Tribunal Constitucional Federal en cas de discrepància amb «la interpretació de la Constitució Federal» feta per aquest òrgan o per un tribunal constitucional de qualsevol *land*, té com a requisit previ, lògicament, que els tribunals constitucionals dels *länder* utilitzen, almenys en alguns casos, la Constitució Federal com a paràmetre.

La qüestió de divergència constitueix un procediment complex que planteja nom-

93. Geiger, Willi, «Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit und ihre Einwirkung auf die Verfassungsordnung der Länder», a *FS Laforet anlässlich seines 75. Geburtstags*, Munic, 1952, pàg. 259.

94. En aquest sentit, *vid.*, entre d'altres, Friesenhahn, *op. cit.*, pàg. 763 i ss.

95. *Vid.*, de forma decisiva en aquest sentit, BVerfGE 36, 342, en la qual el Tribunal Constitucional Federal no interpreta l'art. 142 GG *a sensu contrario*, sinó que a partir de l'autonomia constitucional dels *länder* en el marc de la clàusula d'homogeneïtat de l'art. 28.1 GG nega que la clàusula de prevalença de l'art. 31 GG tingui vigència en relació al dret constitucional dels *länder* materialment coincident amb el dret constitucional federal.

brosos problemes dogmàtics que no poden ser abordats en un treball com aquest.⁹⁶ El que aquí interessa destacar, en primer lloc, és que la seva pròpia existència ja posa de manifest la necessitat de matisar qualsevol interpretació estricta del principi de separació entre les diverses jurisdiccions constitucionals. Però més enllà d'aquesta constatació, el cert és que aquest procediment també pot posar en dubte, com s'ha anunciat anteriorment, el grau de llibertat dels tribunals constitucionals dels *länder* a l'hora d'interpretar les normes constitucionals dels *länder* que coincideixen materialment i/o formalment amb el dret constitucional federal.

Aquest problema de l'àmbit concret d'aplicació de la qüestió de divergència està lluny de ser pacífic des d'un punt de vista teòric, ja que darrere d'aquest debat aparentment processal s'amaguen en el fons concepcions materials diferents sobre l'autonomia constitucional dels *länder*. No obstant això, la major part de la doctrina sol coincidir en el fet que els tribunals constitucionals dels *länder* han d'acudir al procediment de l'art. 100.3 GG en cas de discrepància en relació a les normes de la Constitució Federal que integren directament el dret constitucional del *land* o que contenen mandats d'homogeneïtzació per als *länder*.⁹⁷ Tot i que en aquest últim cas el reconeixement d'espais d'autonomia per part dels *länder* comporta alguns problemes, el cert és que totes aquestes normes no sols no deixen de ser preceptes de la Llei Fonamental en el sentit establert a l'art. 100.3 GG, sinó que són l'exponent d'una voluntat homogeneïtzadora de la Constitució Federal, que es pretén salvaguardar precisament amb aquest procediment.

Més problemàtic és el cas dels drets fonamentals materialment coincidents en l'àmbit dels *länder* i de la Federació. A partir de la teoria que defensa l'existència d'un mateix dret fonamental amb una doble garantia jurisdiccional, alguns autors han defensat el deure que tenen els tribunals constitucionals dels *länder* de plantejar una qüestió de divergència en cas de discrepància amb la interpretació que en formulin els tribunals constitucionals federal i dels altres *länder*.⁹⁸ Tenint en compte, però, que la diferència entre contingut i garantia formulada per Geiger és criticable des d'un punt de vista dogmàtic⁹⁹ i que l'art. 142 GG garanteix un estàndard mínim de protecció dels drets fonamentals i no una regulació uniforme d'aquests, sembla més correcte defensar la limitació de la qüestió de divergència als supòsits en què el tribunal constitucional del *land* no estigui d'acord amb l'estàndard mínim de protecció establert a escala federal.

Finalment i atès que aquest procediment ha de tenir per objecte les discrepàncies en la interpretació de la Llei Fonamental, sembla lògic que els tribunals dels *länder* no n'hagin de fer ús simplement si el contingut d'una norma de la constitució del *land* coincideix materialment amb un precepte de la Constitució Federal. Una resposta en aquest sentit, a més d'augmentar la càrrega del Tribunal Constitucional Federal i de retardar gairebé sempre la resolució dels procediments per part del respectiu tribunal constitucional, implicaria una clara negació de l'autonomia constitucional dels *länder*.

96. *Vid.*, Burmeister, Joachim, «Vorlagen an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 3 GG», a Starck, Christian/Stern, Klaus, *op. cit.*, vol. II, pàg. 399-466.

97. *Vid.*, per a tots, Friesenhahn, Ernst, *op. cit.*, pàg. 797.

98. En aquest sentit, *vid.* Stern, Klaus, «Art. 100 GG», *Bonner Kommentar*, Hamburg, 1982, marg. 268.

99. En aquest sentit, Friesenhahn, *op. cit.*, pàg. 764, posa de manifest que els drets fonamentals consisteixen bàsicament en una garantia.

A la pràctica cal destacar, però, que el procediment previst a l'art. 100.3 GG ha tingut molt poca transcendència. Les estadístiques del Tribunal Constitucional Federal posen de manifest que fins a l'any 1989 només es van presentar set procediments d'aquests tipus (tots anteriors a 1975) i que només quatre van acabar en sentència. Aquest fet es deu, en gran part, al baix índex d'activitat dels mateixos tribunals i a l'homogeneïtat generalment existent entre la jurisprudència material dels diferents tribunals constitucionals. De totes maneres, és evident que per ell mateix el procediment previst a l'art. 100.3 GG entra en contradicció amb la teòricament estricta separació entre els espais constitucionals federal i dels *länder*.

Els diversos punts materials de contacte entre els paràmetres de control que utilitzen els diversos tribunals constitucionals i, sobretot, l'existència de normes d'ídic material en cadascun d'ells fan gairebé sempre teòricament possible, com s'ha anat veient fins ara, que una mateixa norma del *land* pugui ser impugnada davant del respectiu tribunal constitucional i/o del Tribunal Constitucional Federal. La manca de terminis i de clàusules de subsidiarietat en tots els procediments, excepte el recurs d'empara municipal, obren les portes a una doble via o a una competència concurrent entre ambdues jurisdiccions constitucionals per portar a terme el control de constitucionalitat de les normes del *land*. A més dels supòsits en què l'existència de procediments paral·lels o successius en ambdós nivells jurisdiccionals està impulsada per diferents subjectes dotats de legitimació, s'ha de tenir en compte que els governs dels *länder* i els jutges ordinaris poden escollir lliurement el tribunal al qual dirigir-se en qualsevol moment.¹⁰⁰

No obstant això, el baix nombre de qüestions d'inconstitucionalitat que, com s'ha vist anteriorment, es plantegen a la pràctica en l'àmbit dels *länder* sembla indicar que els jutges dels *länder* prefereixen plantejar la qüestió d'inconstitucionalitat davant del Tribunal Constitucional Federal. El superior prestigi d'aquest tribunal, la poca consciència que molts jutges tenen sobre l'existència d'un ordenament propi dels *länder* i el rebuig que en alguns *länder* pot provocar la regulació més àmplia i complexa d'aquest procediment poden explicar, entre altres factors, aquest fenomen.

Malgrat que no s'hagi reiterat excessivament a la pràctica, el cert és que la possibilitat que, en relació a una mateixa norma d'un *land*, es tramitin simultàniament o successiva procediments de control de constitucionalitat davant del Tribunal Constitucional del *land* o del Federal no deixa de ser un perill potencial. Si bé en aquests casos el caràcter estimatori d'una de les sentències implica generalment la desaparició de l'objecte de l'altre procediment, és evident que la possibilitat de sentències divergents pot contribuir a crear situacions de greu tensió institucional entre els respectius tribunals constitucionals.

100. En relació a les qüestions d'inconstitucionalitat cal destacar, però, que no existeix unanimitat doctrinal en aquest sentit. Així, mentre que alguns autors defensen que l'art. 100.1 GG obliga els jutges a presentar la qüestió d'inconstitucionalitat per partida doble (*vid.* Klein, Harald, «Verfahren in den Fällen des Art. 13 Nr.11», a Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas (eds.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, C.F. Müller, Heidelberg, 1992, pàg. 1030), d'altres consideren que en el cas d'existir una doble via, la qüestió d'inconstitucionalitat no s'ha de dirigir al Tribunal Constitucional Federal, atès que els tribunals constitucionals dels *länder* ja hi han d'acudir en cas de discrepància (*vid.* Friesenhahn, Ernst, *op. cit.*, pàg. 781). Finalment, altres autors defensen que s'ha d'acudir directament al Tribunal Constitucional Federal, perquè aquest té, en virtut de l'art. 100.3 GG, la darrera paraula (*vid.* Groschupf, «Richtervorlagen zu den Landesverfassungsgerichten», a Starck, Christian/Stern, Klaus, *op. cit.*, vol. 1, pàg. 85).

c) El contenciós electoral i el control dels instruments de democràcia directa

Juntament amb aquestes competències presents a tots els sistemes concentrats de justícia constitucional, la major part de tribunals constitucionals dels *länder* també preveuen, a l'igual que els tribunals constitucionals austríac i federal alemany, una competència específica de control de la regularitat dels processos electorals. Es tracta, concretament, de la possibilitat d'impugnar les decisions dels respectius parlaments recaigudes en primera instància en relació al procés electoral i a l'adquisició o pèrdua de la condició de parlamentari. Com posen en relleu les estadístiques dels tribunals constitucionals, aquests procediments són relativament freqüents en alguns *länder*, sobretot tenint en compte el seu baix índex general d'activitat.¹⁰¹

A la República Federal d'Alemanya aquest procediment mixt de contenciós electoral, en què es combina un control inicial per part de la pròpia cambra parlamentària amb un possible control jurisdiccional en segona instància, constitueix des de la Segona Guerra Mundial el sistema habitual de control tant a escala federal com dels *länder*. Cal destacar, però, que aquest sistema va aparèixer inicialment a alguns *länder*, concretament a Baviera i al Saarland. Altres *länder* com Hessen i Renània-Palatinat van continuar optant pel model de la República de Weimar, on el contenciós electoral era competència del Tribunal Electoral (*Wahlprüfungsgericht*), un òrgan mixt de composició parlamentària i judicial.

Per la seva banda, la Llei Fonamental de Bonn va optar a nivell federal pel nou model (art. 41 GG), sense limitar en cap sentit l'autonomia constitucional dels *länder*. Aquest model és el que s'ha estès, com a regla general, a la resta de *länder*. En aquest sentit, cal destacar que a Renània-Palatinat, malgrat haver-se optat inicialment pel model de contenciós electoral de l'època de Weimar, una reforma constitucional a l'any 1975 va substituir aquest model per l'estès a nivell federal i a la resta de *länder*. Per la seva banda, a Berlín en no haver-se creat el tribunal constitucional fins a l'any 1990 també va atribuir-se aquesta competència a un Tribunal Electoral de composició mixta. En canvi, la nova Llei del Tribunal Constitucional de Hessen de 30 de novembre de 1994 no ha pogut canviar la seva opció inicial presa a nivell constitucional. D'aquí que aquest *land* sigui, en l'actualitat, l'únic en què el contenciós electoral continua essent competència del Tribunal Electoral.¹⁰²

Una altra excepció en relació al model general subsisteix a Slesvig-Holstein, on el contenciós electoral s'atribueix en segona instància al Tribunal Contenciós Administratiu d'aquest *land*. Aquesta peculiaritat, segurament provocada pels dubtes que planteja la figura de l'art. 99 GG en l'àmbit del contenciós electoral,¹⁰³ pot desaparèixer en els propers anys, tenint en compte que en l'informe final de la comissió d'estudi de la reforma constitucional d'aquest *land*, al qual s'ha fet referència anteriorment, es pre-

101. En aquest sentit, cal destacar que fins a l'any 1989 es van produir 9 procediments d'aquest tipus a Hamburg i 34 a Baviera. Per la seva banda, al Tribunal Constitucional de Baden-Württemberg es van instar 11 procediments fins a l'any 1991 i al de Rin del Nord-Westfàlia 18 fins a l'any 1994.

102. Cal destacar que les decisions d'aquest òrgan mixt poden ser impugnades, d'altra banda, davant del Tribunal Constitucional d'Hessen o del Federal per la via del recurs d'empara.

103. Aquest tipus de contenciós és generalment un control de legalitat que no sempre esdevé estrictament un conflicte constitucional, tal i com exigeix aquest precepte.

veu que el futur Tribunal Constitucional de Slesvig-Holstein adquireixi les competències del Tribunal Contenciós Administratiu en aquest àmbit.¹⁰⁴

Finalment, també cal destacar que a Bremen el contenciós electoral s'atribueix a l'anomenat Tribunal Electoral de Segona Instància, que està integrat pels mateixos membres del Tribunal Constitucional. L'origen d'aquesta peculiaritat radica en el fet que en el seu moment la llei electoral no va poder atribuir aquesta competència al Tribunal Constitucional, ja que la Constitució de Bremen no preveia una clàusula per ampliar les seves competències per llei ordinària. Tot i que aquesta possibilitat s'ha constitucionalitzat posteriorment, el contenciós electoral continua essent formalment competència del Tribunal Electoral de Segona Instància.

En relació al règim jurídic del contenciós electoral, cal destacar que es tracta d'un procés complex en què intervenen diversos agents en dues instàncies (generalment els tribunals constitucionals només intervenen en la segona). Normalment, aquest procediment no implica un control de constitucionalitat, sinó de regularitat. Tanmateix, s'ha de tenir en compte que aquest procediment sempre té un caràcter objectiu, és a dir, només pot prosperar si altera la composició de les cambres parlamentàries. Lògicament, la regulació concreta dels diversos procediments de control per part dels tribunals constitucionals corresponents presenta un gran nombre de peculiaritats que no poden ser recollides en un treball d'aquestes característiques. A trets generals, només s'ha de destacar que la competència dels tribunals inclou en tot cas les eleccions al respecteiu parlament del *land*, però que en alguns casos com Hamburg i Berlín també pot afectar les eleccions municipals i les assemblees de districte. Per la seva banda, la legitimació per acudir al tribunal constitucional respecteiu acostuma a ser més restringida que en primera instància i generalment s'atorga als parlamentaris individuals, als grups parlamentaris, a determinades minories parlamentàries i als electors, aquests últims amb el suport de cent signatures.¹⁰⁵

Finalment, cal destacar que aquesta competència dels tribunals constitucionals dels *länder* no presenta problemes de delimitació en relació a la competència que a nivell federal té atribuït el Tribunal Constitucional Federal. La necessitat de presentar recurs en primera instància davant del respecteiu parlament ja determina clarament l'àmbit de competències de cada un dels tribunals. Això no implica, però, que no puguin aparèixer problemes entre el tribunal constitucional del *land* i el seu homòleg federal, ja que una irregularitat en el procés electoral fàcilment pot implicar un vici d'inconstitucionalitat tant a escala del *land* com federal. La via en què aquests problemes poden aparèixer no és la del recurs d'empara federal en relació a la prèvia decisió del Parlament del *land*, atès que l'esgotament de la via prèvia inclou, segons la jurisprudència del Tribunal Constitucional Federal,¹⁰⁶ el contenciós electoral davant del respecteiu Tribunal Constitucional del *land*. Els problemes poden sorgir, per contra, de la possibilitat de recórrer en empara davant del Tribunal Constitucional Federal la mateixa sentència del tribunal constitucional del *land*. El perill que d'aquesta manera

104. Vid. Informe final de la Comissió d'Estudi de la Reforma de la Constitució i del Parlament, op. cit., pàg. 119.

105. Com s'acaba de dir, les peculiaritats en relació a aquests requisits són nombroses. A títol d'exemple, cal destacar que a Hamburg no s'exigeix que l'elector rebi el suport de cent signatures, que a Baviera la legitimació per a les minories és considerablement més restrictiva i que, per contra, a Saxònia-Anhalt i a Berlín és més àmplia que a la resta de *länder*.

106. Entre d'altres, BVerfGE 28, 218; 34, 97.

el Tribunal Constitucional Federal es converteixi en una tercera instància de cassació s'ha materialitzat a la pràctica en algun cas en què aquest tribunal ha anul·lat la sentència del Tribunal Constitucional del *land* per haver violat algun dret fonamental de la Constitució Federal.¹⁰⁷

Més enllà d'aquest procediment de contencions electoral, la majoria de *länder* preveuen competències específiques perquè els seus tribunals constitucionals puguin controlar el correcte desenvolupament dels mecanismes de democràcia directa previstos constitucionalment i legalment. Aquesta competència està directament relacionada amb el grau amb què aquests instruments són reconeguts a cada *land*. D'aquí que, a l'igual que a nivell federal, es tracti d'una competència desconeguda en alguns dels antics *länder*,¹⁰⁸ mentre que als nous *länder* de l'est sigui una competència àmpliament acceptada. La regulació concreta d'aquesta competència als diversos *länder* és bastant heterogènia, ja que pot incloure aspectes que van des de l'admissibilitat de les diverses institucions fins al seu desenvolupament concret.

d) El recurs d'empara

A diferència de les competències que s'han analitzat fins ara, el recurs d'empara és un procediment que tradicionalment només ha existit a tres *länder* de l'oest (Baviera, Hessen i Saarland), però que en els darrers anys ha experimentat un auge molt considerable amb motiu de la reunificació alemanya. Així, s'ha convertit ràpidament en una competència destacada a tots els nous *länder* de l'est¹⁰⁹ i també s'ha introduït a Renània-Palatinat mitjançant la reforma de la seva Llei del Tribunal Constitucional de 10 de novembre de 1992. Més enllà d'aquestes innovacions legislatives concretes, alguns sectors han vist en el recurs d'empara un mecanisme adequat per potenciar l'activitat dels tribunals constitucionals dels *länder*, ja que aquesta competència concentra més del vuitanta per cent de l'activitat dels tribunals on existeix.¹¹⁰

Aquesta expansió del recurs d'empara als *länder* ha provocat, lògicament, que els problemes que tradicionalment havia plantejat aquest procediment s'hagin reproduït, i en alguns casos accentuat, als darrers anys. La jurisprudència del Tribunal Constitucional de Berlín amb ocasió del conflictiu *cas Honecker* (el darrer detingut de la República Democràtica d'Alemanya) ha generat, com es veurà tot seguit, una discussió molt intensa en relació als límits dels tribunals constitucionals dels *länder* que, si bé els ha rescatat de l'oblit, també ha servit per qüestionar la seva activitat.

107. En aquest sentit, cal destacar la Sentència BVerfGE 85, 148, en què s'anul·la una sentència del Tribunal Constitucional de Rin del Nord-Westfàlia per violar el principi d'igualtat. Malgrat que no es pugui equiparar totalment, cal dir que anteriorment el Tribunal Constitucional Federal també havia anul·lat en diverses ocasions sentències del Tribunal Electoral de Renània-Palatinat (BVerfGE 14, 155; 28, 218; 34, 81).

108. Concretament a Baden-Württemberg, Baviera, Bremen, Hamburg, Renània-Palatinat i Rin del Nord-Westfàlia.

109. S'ha de tenir en compte, però, que a Saxònia-Anhalt només es preveu directament pel que fa a lleis, no en relació a la resta d'actuacions dels poders públics.

110. En xifres absolutes, les estadístiques posen de manifest que fins a l'any 1989 es van produir 4644 recursos d'empara a Baviera, 209 a Hessen fins a l'any 1993 i 45 al Saarland fins a l'any 1992. En el cas de Renània-Palatinat, malgrat que la incorporació d'aquesta competència només data de 1992, s'han produït 151 recursos d'empara, que representen gairebé el 44 per cent de tots els procediments instats davant d'aquest Tribunal Constitucional.

La regulació concreta del recurs d'empara en l'àmbit dels *länder* és molt similar a la prevista a nivell federal. Aquesta competència apareix com a procediment jurisdiccional extraordinari per fer front a les violacions dels drets fonamentals garantits a les constitucions dels *länder* per part dels poders públics. Atès el seu caràcter extraordinari, s'exigeix com a regla general la necessitat d'esgotar la via prèvia abans d'interposar el respectiu recurs d'empara en el termini d'un mes.¹¹¹ No obstant això, l'estreta connexió existent entre l'àmbit dels *länder* i el federal provoca que en cada un dels requisits del recurs d'empara en l'àmbit dels *länder* apareguin diversos tipus de problemes.

— Els drets fonamentals dels *länder* com a paràmetre de control

A l'igual que en la resta de procediments, els tribunals constitucionals dels *länder* que els preveuen han de resoldre els recursos d'empara utilitzant com a paràmetre de control la seva Constitució, concretament els drets fonamentals que s'hi recullen. Com ja s'ha assenyalat anteriorment, en aquest àmbit l'autonomia constitucional dels *länder* està limitada, ja que els drets reconeguts a les seves constitucions han de coincidir amb l'estàndard mínim dels drets fonamentals reconeguts en la Llei Fonamental de Bonn (art. 142 GG).

Més enllà del mecanisme formal concret de constitucionalització dels drets fonamentals dels *länder* (catàleg propi o recepció expressa dels drets de la Constitució Federal),¹¹² cal destacar que la seva coincidència material almenys amb l'estàndard mínim de la Llei Fonamental de Bonn ha provocat, com s'ha vist anteriorment, un important debat sobre si a escala federal i dels *länder* existeix un dret fonamental únic amb dues garanties jurisdiccionals o dos drets fonamentals diferents. Com s'ha posat de manifest abans, aquest debat ha tingut una clara incidència en relació al grau d'autonomia dels tribunals constitucionals dels *länder*,¹¹³ però cal destacar que també està constantment present, com es veurà tot seguit, en relació a la majoria de problemes d'aquest procediment.

— L'objecte de control

Deixant de banda la problemàtica de la *Drittwirkung*, el recurs d'empara s'ha de dirigir necessàriament contra actes dels poders públics que en opinió del recurrent vulneren algun dels seus drets fonamentals garantits per la Constitució del *land*. Les lleis de la major part de tribunals que preveuen aquesta competència també exigeixen que es tracti de poders públics del *land*, la qual cosa exclou la possibilitat de plantejar recursos d'empara directament contra actes d'òrgans federals. Malgrat que aquest requisit no s'especifica a Baviera i Hessen, sembla evident que en ambdós casos s'ha d'arribar a la mateixa conclusió si es té en compte que els òrgans federals només estan sotmesos a la Llei Fonamental de Bonn.

En relació a aquest requisit, cal destacar que la mateixa distribució de les funcions

111. Cal destacar que a Brandenburg aquest termini és de dos mesos.

112. La primera fórmula és l'escollida a tots els *länder* que preveuen l'existència del recurs d'empara, excepte a Mecklenburg-Pomerània.

113. En aquest sentit, cal destacar que la teoria sobre l'existència de dos drets fonamentals diferents és més coherent amb l'autonomia constitucional dels *länder* i que comporta, com s'ha vist anteriorment, una interpretació concreta de l'art. 100.3 GG.

executives en el federalisme alemany ja exclou pràcticament la possibilitat que òrgans administratius federals puguin violar directament drets fonamentals garantits a les constitucions dels *länder*. Més problemes apareixen, en canvi, en l'àmbit jurisdiccional en el cas que òrgans federals confirmen en segona instància actes d'òrgans del *land* que poden haver violat algun d'aquests drets. Aquest problema acostuma a donar-se freqüentment en relació a la necessitat d'esgotar la via judicial ordinària abans de plantejar el recurs d'empara en l'àmbit dels *länder*. D'aquí que s'abordi a l'hora d'estudiar aquest requisit.

— En especial, l'aplicació de dret federal material i processal per part d'òrgans dels *länder*

En l'àmbit estricte de l'objecte del recurs d'empara els principals problemes es donen en relació a la possibilitat d'impugnar els actes dels poders públics dels *länder* produïts en procediments regulats per l'ordenament federal o, sobretot, que apliquin materialment dret federal. Ambdós casos són molt freqüents a la pràctica si es té en compte que la Federació ha fet un ampli ús de la seva competència en relació amb procediments jurisdiccionals (art. 74.1 GG), i que en el sistema federal alemany les competències legislatives pertanyen generalment a la Federació, mentre que són els *länder* els competents per executar habitualment el dret federal (art. 83 GG). Aquest clàssic problema del recurs d'empara dels *länder* ha tornat a sorgir amb especial virulència als últims anys sobretot arran de la nova jurisprudència del Tribunal Constitucional de Berlín i el caràcter expansiu amb què els drets fonamentals s'han constitucionalitzat en algun dels nous *länder* de l'est.¹¹⁴

Els diversos *länder* que atorguen aquesta competència als seus tribunals constitucionals han donat una resposta heterogènia a aquest problema de l'abast de la jurisdicció constitucional d'empara. Així, el Tribunal Constitucional de Hessen ha vingut rebutjant constantment¹¹⁵ la possibilitat de plantejar recursos d'empara en relació amb els actes d'aplicació del dret federal per part d'òrgans del *land*, al·legant sobretot la clàusula de prevalença del dret federal de l'art. 31 GG. Segons aquest tribunal, aquesta clàusula implica que el dret federal s'imposa per damunt de tot dret del *land*, incloent-hi el seu dret constitucional, la qual cosa impedeix que el dret federal pugui ser objecte de control per part seva. Només excepcionalment, segons el propi tribunal, pot plantejar-se el recurs d'empara si l'òrgan del *land* actua arbitràriament, ja que en aquests casos no s'està aplicant dret federal.¹¹⁶

Per la seva banda, el Tribunal Constitucional de Baviera va rebutjar en un primer moment fins i tot la possibilitat de cassar sentències judicials recaigudes en processos regulats pel dret federal, basant-se en el fet que es tractava d'un supòsit de cassació no previst per la legislació federal.¹¹⁷ Aquesta jurisprudència va ser abandonada als anys setanta sobretot per influència de Schäfer,¹¹⁸ que va justificar la possibilitat de cassar

114. Aquest és el cas, sobretot, de Brandenburg.

115. *Vid.*, entre d'altres, HessStGH ESVH 22, 13; 31, 174; 40, 1.

116. Cal destacar que el Tribunal Constitucional de Hessen no fonamenta per què només l'arbitrarietat, i no d'altres aplicacions incorrectes del dret federal, permet formular aquesta excepció.

117. VerfGHE I, 101 (108); 2, 9 (13). En aquests casos la Sentència del Tribunal Constitucional de Baviera es limitava a tenir efectes declaratius.

118. Schäfer, Ludwig, «Die Kassation gerichtlicher Entscheidungen durch den Bayerischen Verfassungsgerichtshof», a Bayerischer Verfassungsgerichtshof (ed.), *Verfassung und Verfassungsrechtsprechung*.

sentències judicials al·legant la necessària efectivitat del recurs d'empara dels *länder* i que el caràcter extraordinari del mateix recurs obliga a matisar l'efecte de cosa jutjada atorgat per la legislació processal federal.

A partir d'aquest moment, el Tribunal Constitucional de Baviera ha acceptat anul·lar les sentències recaigudes en procediments regulats pel dret federal en cas que violin els drets fonamentals reconeguts per la Constitució del *land*. Pel que fa a l'aplicació material de dret federal, aquest Tribunal ha seguit bàsicament la mateixa jurisprudència que el de Hessen, és a dir, ha negat la possibilitat d'admetre els recursos d'empara contra actes d'aplicació de dret federal, excepte en el cas d'actuacions arbitràries. Com a novetat només cal destacar que també ha acceptat la possibilitat de controlar aquelles sentències que hagin violat els drets fonamentals reconeguts en l'àmbit processal per la Constitució bàvara, sobretot el dret d'audiència i al jutge predeterminat per la llei.¹¹⁹

El cas del Tribunal Constitucional de Renània-Palatinat és especial per tractar-se de l'únic *land* on aquest problema és regulat expressament per la pròpia Llei del Tribunal Constitucional. En aquest sentit, cal destacar que en atorgar aquesta nova competència al Tribunal Constitucional, la Llei de 10 de novembre de 1992 va preveure l'anomenada clàusula de dret federal (*Bundesrechtsklausel*), en virtut de la qual el recurs d'empara és inadmissible si el poder públic del *land* aplica o desplega dret federal (art. 44.2 de la Llei del Tribunal Constitucional). La mateixa Llei fa excepció a aquesta regla general en el cas que la Constitució del *Land* prevegi drets fonamentals més amplis que els establerts a escala federal. Independentment de les dificultats interpretatives que planteja aquesta excepció, cal subratllar que es tracta d'un altre cas, més enllà dels supòsits d'arbitrarietat, en què s'accepta la possibilitat que el tribunal constitucional del *land* controlï en procediments d'empara l'aplicació del dret federal. No obstant això, el fet que en la jurisprudència del Tribunal Constitucional de Renània-Palatinat no s'hagin donat fins ara casos d'aquest tipus posa de manifest el caràcter excepcional amb què es reconeix aquesta possibilitat.

En aquest context, la jurisprudència del Tribunal Constitucional de Berlín ha suposat un gir de cent vuitanta graus en la matèria, que lògicament ha suscitat un gran debat doctrinal.¹²⁰ En les sentències sobre el cas Honecker¹²¹ i el cas Mielcke,¹²² el Tribunal Constitucional de Berlín ha acceptat la possibilitat de controlar sense cap limitació les sentències de tribunals del *land* que apliquin materialment dret federal i que recaiguin en processos regulats pel dret federal en el cas que violin drets fonamen-

FS zum 25. jährigen Bestehens des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, Richard Boorberg Verlag, Munic, 1972, pàg. 259-279.

119. S'ha de tenir en compte que el Tribunal Constitucional de Baviera no justifica aquesta especial protecció dels drets fonamentals en l'àmbit processal.

120. Més enllà dels comentaris de la Sentència del cas Honecker, *vid.*, entre d'altres, Rozek, Jochen, «Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Landesgrundrechte und die Anwendung von Bundesrecht», AöR, 3/1994, pàg. 450-483; Zierlein, Karl-Georg, «Prüfungs- und Entscheidungskompetenzen der Landesverfassungsgerichte bei Verfassungsbeschwerden gegen land esrechtliche Hoheitsakte, die auf Bundesrecht beruhen oder in einem bundesrechtlich geregelten Verfahren ergangen sind», AöR, 2/1995, pàg. 205-247; Endter, Stefan, «Zum Verhältnis von Bundesrecht und Landesverfassungsrecht und zur Reichweite der Prüfungskompetenz der Landesverfassungsgerichte», EuGRZ, 10-12/1995, pàg. 227-231.

121. VerFGH 55/92, de 12 de gener de 1993 (NJW 1993, 513).

122. VerFGH 89/93, de 2 de desembre de 1993 (NJW 1994, 436). Amb posterioritat, el Tribunal Constitucional de Berlín ha mantingut la seva jurisprudència en la Sentència VerFGH 94/93, de 12 de juliol de 1994 (NJ 1995, 29).

tals de la Constitució de Berlín que siguin coincidents amb la Constitució Federal.

En el supòsit concret del cas Honecker, el Tribunal va considerar que el processament i l'ordre d'arrest decretats contra el darrer dirigent de la República Democràtica d'Alemanya per la Sala Penal del Tribunal del *land* de Berlín i confirmats posteriorment en la via prèvia, violaven el dret a la seva dignitat humana garantit a la Constitució de Berlín,¹²³ ja que es tractava d'un malalt de càncer en fase terminal. Conseqüentment va anul·lar les sentències esmentades i la Sala Penal del Tribunal del *land* de Berlín va haver de suspendre el procés i decretar la llibertat de Honecker, tot i que la Llei federal d'enjudiciament penal (*Strafrechtprozessordnung*) no preveia aquesta possibilitat concreta.

El Tribunal Constitucional de Berlín ha fonamentat aquesta jurisprudència al·legant bàsicament que els tribunals del *land* continuen essent poders públics del *land* sotmesos a la seva constitució malgrat que apliquin dret federal, i que la jurisdicció d'empara del *land* no suposa una fiscalització del dret federal com a tal, sinó un control de la seva aplicació que no posa en perill la unitat d'aquest, perquè els drets fonamentals que serveixen com a paràmetre de control han de ser coincidents amb la Llei Fonamental de Bonn.

Finalment, s'ha de fer una breu referència al cas de Brandenburg. En la primera sentència en què aborda aquest problema¹²⁴ el Tribunal Constitucional sembla defensar una posició intermèdia, coincident amb alguns sectors doctrinals, segons la qual el control de l'aplicació del dret federal per part d'òrgans del *land* està en funció de si les normes federals en qüestió deixen marge d'actuació als drets fonamentals del *land* en el seu procés d'aplicació. En tractar-se, no obstant això, d'una primera sentència per part d'aquest Tribunal Constitucional, és evident que encara no pot parlar-se d'una nova línia jurisprudencial.

Exposats els diversos punts de vista dels diferents tribunals constitucionals dels *länder*, cal destacar que en l'actual debat doctrinal sobre aquest tema sembla haver-hi coincidència a l'hora d'afirmar que el fet que les sentències objecte de recurs hagin recaigut en processos regulats pel dret federal no representa cap obstacle per als tribunals constitucionals respectius. Aquesta coincidència no solament es basa en el fet que la Federació ha esgotat les seves competències en relació al dret processal, de tal manera que una resposta en sentit contrari significaria la desactivació del recurs d'empara dels *länder*, sinó també en el caràcter extraordinari del recurs d'empara.

El nucli de les discrepàncies es troba, per contra, en el grau amb què els respectius tribunals constitucionals poden controlar l'aplicació del dret federal material per part dels òrgans del *land*, sobretot tenint en compte la recent jurisprudència del Tribunal Constitucional de Berlín. En relació a aquesta última, cal destacar que després d'una primera fase de dures crítiques doctrinals,¹²⁵ en molts casos clarament influïdes per les

123. Cal destacar, però, que malgrat no trobar-se recollit expressament a la Constitució de Berlín, el Tribunal va deduir aquest dret de la «concepció de la humanitat» present a la Constitució i de la incidència de la Llei Fonamental de Bonn en l'àmbit del dret constitucional del *land*.

124. VfGBbg 6/93, de 19 de maig de 1994 (NJ 1994, 414).

125. En aquest sentit, *vid.* Starck, Christian, «Der Honecker-Beschluß des Berliner VfGH. Anwendung von Bundesprozessrecht durch Landesgerichte unter Kontrolle der Landesverfassungsgerichte?», JZ, 1993, pàg. 231-234. Wilke, Dieter, «Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Einheit des Bundesrechts. Bemerkungen aus Anlaß des Honecker-Beschlusses des Berliner Verfassungsgerichtshofs», NJW, 1993, pàg. 887-895. Per la seva banda, Pestalozza, Christian, «Der Honecker-Beschluß des Berliner

repercussions del cas concret, progressivament s'han anat afegint veus favorables perquè els tribunals constitucionals dels *länder* controlin l'aplicació del dret federal per part d'òrgans del *land*.¹²⁶

Els detractors d'aquesta doctrina han centrat bàsicament el debat, a l'igual que els tribunals constitucionals de Hessen i Baviera, en la interpretació de la clàusula de prevalença de l'art. 31 GG. Des del seu punt de vista, aquest precepte vindria a garantir la supremacia del dret federal (concepte que englobaria no només la creació de normes, sinó també la seva aplicació) en relació a tot el dret dels *länder*, incloent-hi els seus drets fonamentals.

Per la seva banda, els defensors de la doctrina del Tribunal Constitucional de Berlín coincideixen a assenyalar que els seus detractors sobrevaloren o interpreten incorrectament la clàusula de prevalença de l'art. 31 GG. El control de l'aplicació del dret federal des del punt de vista dels drets fonamentals dels *länder* no seria un problema de col·lisió entre dues normes vàlides que regulen un mateix supòsit de fet amb conseqüències jurídiques diferents, sinó un problema d'eficàcia dels drets fonamentals dels *länder* en la interpretació del dret federal. Des d'aquesta perspectiva, generalment es reconeix que la possibilitat de control no és homògena en tots els sectors, sinó que depèn del grau d'incidència que en cada cas poden tenir els drets fonamentals dels *länder*. Per tal de determinar aquesta incidència en cada cas, els diversos autors utilitzen paràmetres heterogenis com la densitat de la pròpia Constitució del *land*,¹²⁷ el sistema de distribució de competències¹²⁸ o el marge d'actuació que en cada cas deixa el dret federal.¹²⁹

Més enllà dels problemes d'interpretació que plantegen totes aquestes solucions, el cert és que la possibilitat que els tribunals constitucionals dels *länder* puguin controlar, més o menys àmpliament, l'aplicació del dret federal implica un perill real de regionalització del dret federal, sobretot tenint en compte que la Llei Fonamental de Bonn preveu en el seu art. 95 l'existència de tribunals superiors federals per tal de garantir la unitat del dret federal en cada un dels ordres jurisdiccionals. La necessitat que els drets fonamentals dels *länder* siguin coincidents amb els drets fonamentals de la Constitució Federal no resol aquest problema, atès que l'art. 142 GG només obliga, com s'ha vist anteriorment, a una coincidència en l'estàndard mínim de cadascun dels drets. La qüestió de divergència de l'art. 100.3 GG tampoc no ofereix un mecanisme adequat en aquest sentit, ja que la seva finalitat és la de mantenir la unitat en la interpretació de la Constitució Federal, no de la resta del dret federal. Per aquest motiu s'ha arribat a defensar que els tribunals constitucionals han de seguir la jurisprudència dels tribunals superiors federals si un d'ells s'ha pronunciat sobre la norma federal en qüestió, així com, de *lege ferenda*, la necessitat d'introduir mecanismes processals que permetin restablir *a posteriori* la unitat del dret federal.¹³⁰

Verfassungsgerichtshofs», NVwZ, 1993, pàg. 344 i Gehb, Jürgen, «Bricht Berliner Landesrecht Bundesrecht?», DOV, 1993, pàg. 474, defensen que el Tribunal Constitucional de Berlín hauria d'haver plantejar una qüestió de divergència davant del Tribunal Constitucional Federal, ja que la seva doctrina s'aparta de la interpretació que de l'art. 31 GG han fet els tribunals constitucionals de Hessen i Baviera.

126. Vid. en aquest sentit, Sachs, Michael, ZIP, 1993, pàg. 130.

127. Vid. Dietlein, Johannes, «Landesverfassungsbeschwerde und Einheit des Bundesrechts», NVwZ, 1994, pàg. 9 i seg.

128. Vid. Endter, Stefan, *op. cit.*, pàg. 229 i seg.

129. Vid. Rozek, Jochen, *op. cit.*, pàg. 459 i seg.

130. Vid. Starck, Christian, *op. cit.*

— L'esgotament de la via prèvia

Un darrer requisit exigít per tots els tribunals constitucionals dels *länder* i que pot comportar dificultats a la pràctica és el de la necessitat d'exhaurir la via jurisdiccional ordinària abans de plantejar el recurs d'empara. Més enllà dels problemes interpretatius que poden presentar les excepcions a aquesta regla general,¹³¹ així com les normes processals federals en relació a l'abast d'aquesta via ordinària, s'ha de tenir en compte que el sistema federal alemany no estableix una separació estricta entre les jurisdiccions federal i dels *länder*. Això implica que en molts casos el requisit de l'esgotament de la via ordinària pot donar entrada a tribunals federals en supòsits de violació de drets fonamentals produïts originàriament per part d'òrgans dels *länder*.

La consegüent existència d'aquestes resolucions jurisdiccionals de tribunals federals apareix com a possible límit per al recurs d'empara dels *länder*, ja que en aquests casos els respectius tribunals constitucionals estarien controlant actes emanats d'òrgans federals. En aquest sentit, cal destacar, però, que no tota intervenció de tribunals federals en l'esgotament de la via prèvia té les mateixes repercussions en relació al recurs d'empara dels *länder*. Les resolucions que es limiten a desestimar el recurs de la via ordinària sense entrar en el fons del cas no plantegen gaires problemes, ja que el possible èxit del recurs d'empara posterior no implica materialment un control del tribunal federal.

Molt més conflictius són els casos en què el Tribunal federal confirma la sentència del tribunal del *land* entrant en el fons de la qüestió. En aquests casos el Tribunal Constitucional de Baviera¹³² i part de la doctrina¹³³ consideren que el recurs d'empara és inadmissible, ja que el tribunal constitucional del *land* no pot controlar l'actuació d'òrgans federals. El fet que l'empara es dirigeixi principalment contra l'acte de l'òrgan del *land* o que la nul·litat d'aquest últim buidi de contingut la resolució posterior del tribunal federal no permet negar que en cas d'admetre's l'empara, el tribunal constitucional del *land* està revisant materialment l'actuació d'un òrgan federal.

Aquest règim jurídic no deixa de situar el recurrent davant d'una alternativa difícil: si exhauereix la via ordinària i el tribunal federal confirma l'acte original entrant en el fons de la qüestió, el tribunal constitucional no ha d'admetre l'empara. En canvi, si el recurrent opta per no exhaurir la via prèvia, el tribunal constitucional tampoc no ha d'admetre l'empara, aquesta vegada per incompliment d'un dels seus requisits processals. Durant molts anys la Llei del Tribunal Constitucional de Hessen va intentar trobar una sortida adequada a aquesta situació en preveure que si el tribunal superior en la matèria era un tribunal federal, el recurs d'empara havia d'interposar-se just abans de recórrer davant d'aquest, a la vegada que es demanava la suspensió del procediment ordinari mentre el Tribunal Constitucional de Hessen resolvia la vulneració del dret fonamental al·legada.¹³⁴ Més enllà dels problemes que provocava aquesta reducció de la via prèvia, cal destacar que la nova Llei del Tribunal Constitucional de Hessen de

131. Generalment, l'esgotament de la via prèvia no és necessari si l'empara és d'interès general o si el compliment d'aquest requisit suposa un perjudici greu i insalvable per al recurrent.

132. *Vid.* per a totes BayVerfGHE 39, 9 (16).

133. *Vid.* Schumann, Ekkehard, «Verfassungsbeschwerde (Grundrechtsklage) zu den Landesverfassungsgerichten», a Starck/Stern (eds.), *op. cit.*, pàg. 205 i ss.; Klein, Ekkart, «Landesverfassung und Landesverfassungsbeschwerde», DVBl., 1993, pàg. 1334.

134. Art. 48.4 de la Llei del Tribunal Constitucional de Hessen, de 12 de desembre de 1947.

30 de novembre de 1994 ha acabat amb aquesta regulació en preveure expressament que el recurs d'empara s'ha d'admetre si el tribunal superior en la matèria no és un tribunal de Hessen (art. 44.1).

El règim jurídic de l'esgotament de la via prèvia apareix en molts casos, doncs, com un greu obstacle per presentar el recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional del *land*, la qual cosa pot contribuir que els recurrents prefereixin plantejar, si escau, el recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional Federal.

— Els problemes de delimitació amb el recurs d'empara federal

A l'igual que a la resta de procediments analitzats fins ara, l'existència del recurs d'empara a nivell federal i dels *länder* planteja una sèrie de problemes de delimitació entre ambdues jurisdiccions constitucionals. En aquest sentit, cal destacar que el dret federal no preveu cap regulació concreta per fer-hi front. Tal i com estableix l'art. 90.3 de la Llei del Tribunal Constitucional Federal, el recurs d'empara a nivell federal no afecta en absolut al dret a interposar si escau un recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional del *land*.

Al marge del requisit de presentar l'empara en un termini determinat, l'ordenament federal no posa cap obstacle, doncs, perquè les competències d'ambdós òrgans puguin plantejar-se de forma paral·lela en relació a un mateix supòsit de fet.¹³⁵ La coincidència material entre els drets fonamentals federals i dels *länder* implica que aquesta doble via existeix en tots els casos, excepte quan els drets fonamentals del *land* vagin més enllà que els drets federals. Tanmateix, s'ha de destacar que el requisit de l'esgotament de la via prèvia en cap cas no inclou la necessitat d'interposar l'empara davant l'altre tribunal constitucional, atès el seu caràcter de via jurisdiccional extraordinària.

Aquesta possibilitat que es deriva del dret federal d'acudir, en principi, a un o altre tribunal constitucional davant d'un mateix supòsit de fet es veu parcialment limitada per part del dret dels *länder*. Els requisits de l'objecte de control i de l'esgotament de la via prèvia poden implicar, com s'ha vist, que en alguns casos els tribunals constitucionals dels *länder* deixin de ser competents per controlar actes d'òrgans federals o actes d'aplicació de dret federal. Però deixant de banda els límits que deriven dels diferents requisits del recurs d'empara en l'àmbit dels *länder*, cal destacar que alguns d'ells també preveuen expressament clàusules d'inadmissibilitat del recurs d'empara que fan referència a les competències del Tribunal Constitucional Federal.

Així, la Llei del Tribunal Constitucional del Saarland va preveure des d'un principi en el seu art. 55.3 la inadmissibilitat del recurs d'empara en l'àmbit del *land* en el cas que per la mateixa violació fos admissible el recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional Federal. La recent Llei del Tribunal Constitucional de Mecklenburg-Pomerània ha seguit un criteri encara més ampli en aquest sentit, en establir en el seu art. 57.3 com a causa d'inadmissibilitat l'existència (en relació al mateix supòsit de fet) «d'una competència del Tribunal Constitucional Federal».

Per la seva banda, les lleis dels tribunals constitucionals de Berlín i Brandenburg preveuen amb caràcter més restrictiu com a causa d'inadmissibilitat «el que s'hagi

135. Cal destacar, no obstant això, que l'estimació del recurs d'empara per part del Tribunal Constitucional Federal o del *land* generalment implica la desaparició de l'objecte de control de l'altre procediment.

plantejat o es vagi a plantejar un recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional Federal» (art. 49.1 i 45.1 respectivament). Més enllà dels problemes interpretatius que en aquest darrer cas es deriven de la referència a un comportament futur, cal recordar que altres *länder* preveuen determinats requisits que, com en el cas de la clàusula del dret federal de Renània-Palatinat, limiten almenys parcialment la possible existència de procediments paral·lels en ambdós nivells. Finalment, cal destacar que en algun *land* s'han desenvolupat determinades pràctiques que tendeixen a reduir els perills d'aquesta possibilitat.¹³⁶

Totes aquestes clàusules han reduït considerablement la possibilitat de presentar simultàniament o successiva recursos d'empara davant el respectiu Tribunal Constitucional i el seu homònim federal. A la vista del seu contingut, no pot deixar-se d'assenyalar, però, que al Saarland i a Mecklenburg-Pomerània aquest fet s'ha produït a costa de desactivar pràcticament la competència dels seus tribunals constitucionals.¹³⁷

Tenint en compte aquestes clàusules i els problemes exposats en relació a l'aplicació de dret federal per part d'òrgans dels *länder* i a la intervenció de tribunals federals en la via prèvia, no ha d'estranyar que els recurrents optin freqüentment per presentar el seu recurs d'empara a escala federal, tenint en compte els paral·lelismes existents entre els respectius paràmetres de control.

Més enllà d'aquest problema de la concurrència entre els recursos d'empara en els àmbits federal i del *land*, cal destacar, per últim, que en tots els casos existeix la possibilitat teòrica d'interposar davant el Tribunal Constitucional Federal un recurs d'empara contra la sentència d'empara del Tribunal Constitucional del *land* al·legant que ha violat un dret fonamental del recurrent previst a la Constitució Federal. No obstant això, s'ha de tenir en compte que, tot i que el Tribunal Constitucional Federal ha arribat a anul·lar en algun cas una sentència d'un tribunal constitucional d'un *land*,¹³⁸ fins ara aquesta possibilitat teòrica ha estat poc freqüent a la pràctica.

V. Consideracions finals

Com ha quedat reflectit en aquest treball, la progressiva extensió dels tribunals constitucionals a tots els *länder*, amb l'excepció almenys fins ara de Slesvig-Holstein, més enllà de desenvolupar un important paper simbòlic pels mateixos *länder*, apareix sobretot com a especial mecanisme de garantia de les seves respectives constitucions. L'ampli catàleg de competències d'aquests tribunals i la consegüent possibilitat de resoldre jurisdiccionalment els conflictes constitucionals que se susciten a l'interior de cada *land* sense necessitat d'acudir a un òrgan extern poden convertir fàcilment els tribunals constitucionals dels *länder* en un model a seguir per a molts estats compostos.

136. Així, el Tribunal Constitucional de Baviera acostuma a dirigir-se al Tribunal Constitucional Federal per comprovar si existeix algun recurs pendent en relació al mateix acte. En tal cas, el tribunal bàvar espera la resolució per part del Tribunal Federal en el cas que el nucli del problema afecti principalment el dret federal, mentre que resol el recurs si es tracta d'un cas bàsicament de dret bàvar.

137. En aquest sentit, és significatiu que entre els anys 1982 i 1992 només s'hagin presentat 45 recursos d'empara davant del Tribunal Constitucional del Saarland, mentre que el Tribunal Constitucional de Hessen ha tramitat 209 recursos d'aquest tipus entre els anys 1981 i 1993.

138. BVerfGE 42, 312 en relació a una sentència del Tribunal Constitucional de Bremen.

Al marge de les possibilitats constitucionals d'acollir un model semblant a l'alemany en d'altres països, és evident que la mera existència d'aquests tribunals constitucionals juga un paper preventiu que pot arribar a ser molt important per a l'eficaç garantia de les constitucions dels ens territorials descentralitzats. Ara bé, com s'ha vist al llarg d'aquest treball, el model alemany també planteja tot un seguit de problemes que no poden deixar-se de banda. Així, l'opció de no crear uns tribunals constitucionals amb una estructura permanent, en previsió d'un baix volum de treball, suscita un conjunt de problemes orgànics que, com en el cas alemany, poden arribar a entrar en conflicte amb el seu grau d'independència.

D'altra banda, més enllà d'aquests problemes orgànics és evident que la coexistència de setze tribunals constitucionals dels *länder* i un Tribunal Constitucional Federal està lluny de ser pacífica a la pràctica. La previsió de competències paral·leles per part d'ambdós tribunals i les dificultats de separar nítidament els respectius espais constitucionals plantegen, com s'ha posat de manifest reiteradament, tot un seguit de problemes de delimitació que no poden ser resolts de forma clara amb criteris generals com el principi de separació entre ambdues jurisdiccions constitucionals. Per contra, les peculiaritats de les diferents competències i el caràcter material de molts d'aquests problemes obliguen a donar una resposta específica a cada un d'ells.

Tots aquests problemes dels tribunals constitucionals dels *länder* han contribuït, entre d'altres factors, que el seu índex d'activitat sigui en general molt baix. Més enllà d'aquelles competències que mai no han estat utilitzades a la pràctica, les estadístiques dels tribunals constitucionals dels *länder* demostren que en general existeix una clara preferència per acudir al Tribunal Constitucional Federal. A la vista de tots aquests problemes, potser haurien de matisar-se les expectatives que aquest model pot arribar a aixecar en un primer moment en d'altres estats compostos.