

# Diferenciación competencial e igualdad de derechos de los ciudadanos: técnicas para conseguir el equilibrio en los Estados descentralizados

por Miguel Ángel Cabellos Espiérrez

**Abstract:** *Differentiation of competencies and equality of citizens' rights: techniques to achieve balance in decentralized states* - The tension between political decentralization and equality of citizens' rights is an inherent element of every decentralized state. From the division of competencies among entities, a certain degree of asymmetry in the exercise of rights across the territory will arise. However, this asymmetry cannot be without limits, as it would endanger social and territorial cohesion and undermine the principle of equality. Therefore, in various decentralized states, formulas are established that make the state/federation responsible for ensuring a minimum and common equality of rights across the territory, from which diversity can emerge. The purpose of this paper is to analyze some of these formulas based on the experiences of the Spanish, Italian, and German legal systems.

2541

---

**Keywords:** Decentralized State; Citizens' rights; Equality; Distribution of competencies

## 1. Introducción

La tensión entre la descentralización política propia de todo Estado compuesto y el objetivo constitucional de garantizar la igualdad de los ciudadanos es un elemento consustancial a dicho tipo de Estado. Esa descentralización se traducirá en un reparto de materias competenciales, bajo uno u otro sistema, entre el nivel central y los entes subcentrales (regiones, comunidades autónomas, Länder...) e inevitablemente muchas de esas materias se referirán, directa o indirectamente, a la regulación de los derechos de los ciudadanos, bien porque el objeto de esos derechos se convierta en materia competencial (como cuando se reparten competencias en educación o salud, por ejemplo) o bien porque, aun no ocurriendo esto, la materia objeto de reparto tenga una relación con algún derecho (como cuando, por ejemplo, se reparten competencias en materia de medios de comunicación, lo que conecta con el ejercicio de las libertades de expresión e información).

Como es lógico, de ese reparto competencial nacerá un determinado grado de asimetría en el ejercicio de los derechos a lo largo del territorio: bien porque no todos los entes subcentrales tengan las mismas competencias,

o bien porque, aunque sí que las tengan, cuando cada uno dicte sus normas se seguirá de ello que el régimen jurídico de los derechos afectados no será idéntico a lo largo del territorio, manteniéndose la igualdad solo en lo que sea responsabilidad del Estado y éste regule por igual para todo el territorio estatal<sup>1</sup>.

Obtendremos, pues, una cuota de diferencia, de asimetría en el disfrute de los derechos, que resulta asumible en cualquier sistema solo hasta cierto punto, pues una asimetría excesiva pondría en peligro la consecución del mencionado (y no menos relevante) objetivo constitucional de garantizar la igualdad de los ciudadanos. Una igualdad que, en un Estado compuesto, ya se entiende que no puede ser absoluta (una especie de posición idéntica de todos los ciudadanos independientemente del lugar en que residan) pero que tampoco puede ser marginal o meramente anecdótica, pues ello afectaría gravemente no solo a la mencionada igualdad sino también a la cohesión social en el Estado. En encontrar mecanismos que permitan lograr un equilibrio satisfactorio entre igualdad (a lo largo de todo el territorio estatal) y diversidad (nacida del autogobierno) se halla, pues, la clave de todo.

Las anteriores consideraciones, ciertamente conocidas y genéricas, han querido servir para introducir el objeto de estas páginas: identificar las principales técnicas de carácter competencial para lograr ese equilibrio entre igualdad y diversidad en relación con el disfrute de los derechos a lo largo del territorio. Dada la variedad de casos posibles, nos centraremos en tres modelos suficientemente representativos: el español, el italiano y el alemán.

Antes, no obstante, debemos decir que el hecho de que nos centremos en los mecanismos de carácter competencial no significa que no haya otros de diferente carácter pero dirigidos al mismo fin. De entre los mecanismos no competenciales orientados a la igualdad de derechos podemos citar preceptos como el art. 139.1 CE (“todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”), el art. 33.1 de la *Grundgesetz* (“todos los alemanes tienen en todos los Länder los mismos derechos y deberes cívicos”) o la cláusula de privilegios e inmunidades del art. IV, sección 2 de la Constitución de EEUU (“los ciudadanos de cada Estado tendrán derecho a todos los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los demás Estados”). El problema de este tipo de preceptos es que, tomados literalmente, no se corresponden con la realidad, y deben ser por ello interpretados en el sentido de entender que,

---

<sup>1</sup> Esa asimetría en materia de derechos derivada del reparto competencial viene en algunos sistemas acompañada de la técnica de introducir catálogos o listas de derechos en estatutos de autonomía, constituciones subcentrales, etc., que quieren subrayar las posibilidades de incidencia de los correspondientes entes en la protección de los derechos. Con todo, tales derechos suelen tener luego una relación con las competencias del ente, de modo que con su reconocimiento en las citadas normas se dirige al parlamento del mismo un mandato para que, en el ejercicio de sus competencias propias, haga avanzar en el territorio subcentral el reconocimiento y disfrute de aquellos derechos. En definitiva, también por esta vía acabamos de nuevo en el plano competencial.

dentro de los mencionados Estados compuestos, cuando el ciudadano de un territorio (Land, comunidad autónoma, etc.) se desplaza a otro, debe ser tratado en condiciones de igualdad con los ciudadanos de este segundo territorio. Pero incluso esto tampoco es cierto del todo: hay derechos para cuyo ejercicio se le pueden pedir al ciudadano que se ha desplazado a otro territorio determinados requisitos adicionales (por ejemplo en relación con el derecho de sufragio o con la posibilidad de obtener determinadas ayudas públicas vinculadas a ciertos derechos: no basta con presentarse en otro territorio para poder ejercer automáticamente, de modo inmediato y sin más trámites o requisitos, tales derechos).

Dicho lo anterior, aquí nos interesará, como se avanzó anteriormente, el factor de la distribución competencial y de cómo incide en el binomio igualdad/diversidad de derechos de los ciudadanos. La pregunta inmediata es, precisamente, cuánta diversidad (esto es, cuánta desigualdad en materia de derechos) puede un sistema descentralizado asumir como consecuencia de la distribución competencial. La respuesta a ello no es única, pues lógicamente en cada Constitución puede fijarse un límite distinto para esa diversidad admisible. Y precisamente para fijar ese límite se prevén, como se dijo, diferentes mecanismos o técnicas que quieren dar al Estado herramientas para garantizar en el plano competencial una igualdad mínima en lo relativo a derechos, a partir de la cual puedan los entes subcentrales introducir diversidad al ejercer sus títulos competenciales, pero siempre respetando ese sustrato mínimo igual que el Estado asegurará.

## 2. Los mecanismos de aseguramiento de una igualdad mínima desde el punto de vista competencial: en particular los casos de España, Italia y Alemania

### 2.1 Introducción

Los mecanismos de distribución competencial que inciden en derechos, y que a través de diversas vías apoderan al Estado para asegurar una igualdad mínima, son diversos y pueden reconducirse a los siguientes tipos principales:

- a) títulos competenciales específicos, cuyo objeto se identifica directamente con el de un derecho concreto.
- b) títulos competenciales específicos, cuyo objeto se identifica indirectamente con el de un derecho concreto.
- c) títulos competenciales horizontales referidos a derechos y que, otorgados al Estado, le permiten a partir de un solo título incidir sobre todos los derechos constitucionales (no sobre uno solo) asegurando una igualdad en lo esencial en ellos para todos los ciudadanos.
- d) reglas sobre el ejercicio de los títulos competenciales: en este caso, se fija en la propia Constitución cómo deben el Estado (y eventualmente los

entes subcentrales) ejercer sus títulos, bajo qué condiciones y con qué intensidad, de manera que aquel establezca en las diferentes materias (que pueden estar vinculadas a derechos) un sustrato o base común.

A continuación desarrollaremos brevemente las dos últimas posibilidades descritas, a partir del ejemplo de los tres modelos de Estado compuesto anteriormente mencionados.

## 2.2 Títulos competenciales horizontales sobre derechos, tendentes a dar al Estado competencia para regular una igualdad mínima: los arts. 149.1.1 CE y 117.II.m CI

Desde perspectivas en buena parte coincidentes, aunque distintas en matices, los arts. 149.1.1 CE y 117.II.m CI, títulos competenciales cuyo objeto son los derechos de los ciudadanos, pretenden apoderar al Estado para asegurar una igualdad mínima en lo relativo a aquellos. Su principal semejanza es que recogen competencias exclusivas estatales, cuya exclusividad, no obstante, lo es sobre un ámbito concreto (las condiciones básicas, los niveles esenciales) y no sobre la integridad de los derechos. Son comunes a ambos, también, las numerosas dudas que han planteado a lo largo del tiempo.

Por un lado, el art. 149.1.1 CE otorga al Estado la competencia exclusiva para dictar la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Es un título horizontal referido a todos los derechos y deberes y expresado en términos un tanto vagos, que ha suscitado muy diversas dudas<sup>2</sup>. Dudas que, por lo demás, se han trasladado al modo como lo ha utilizado el Estado (sin ningún criterio claro hasta 2000, muchas veces como mero apoyo de otros preceptos, hasta que con posterioridad a esa fecha empieza a usarlo ya con una cierta idea de su función, incluso a veces como título único) o al modo como lo ha interpretado el TC, que desde 1981 hasta 1997 lo utilizó en más de un centenar de ocasiones sin decir nada concreto o de interés sobre él, hasta que por fin le dio una interpretación coherente y completa en la STC 61/1997, complementada en algunos aspectos por la 173/1998.

En relación con las dudas tradicionalmente planteadas, podemos referirnos en primer lugar a la relativa a qué derechos abarca el precepto, si solo a los del capítulo 2º del título I o también a los del capítulo 3º (principios rectores). El legislador estatal ha usado el precepto para regular algunos de estos últimos, como por ejemplo en materia de vivienda, de salud o de asistencia social, y el TC lo ha dado por bueno expresamente<sup>3</sup>. Con todo, el

---

<sup>2</sup> Sobre el mismo se han escrito no pocas obras, pero seguramente las que lo analizan de un modo más extenso e integral sean las de J. Pemán Gavín, *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*, Madrid, 1992; J. Tudela Aranda, *Derechos constitucionales y autonomía política*, Madrid, 1994, y M.A. Cabellos Espiérrez, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, Madrid, 2001.

<sup>3</sup> Vd. entre otras las SSTC 33/2014 (FJ 4) y 18/2017 (FJ 3).

precepto despliega su mayor utilidad para el Estado en aquellos derechos y principios rectores sobre los que éste no tiene otra competencia, pues en otro caso el recurso al art. 149.1.1 deviene en realidad innecesario. Por tanto el TC, tras algunas dudas iniciales, ha vinculado el art. 149.1.1 CE también con los principios rectores, y la doctrina mayoritariamente ha hecho lo propio<sup>4</sup>.

Asimismo, podemos preguntarnos por el tipo de normas que autoriza al Estado a dictar el art. 149.1.1 CE (normas meramente de principio o bien que contengan un régimen jurídico preciso y detallado). En cuanto a esto el TC ha señalado que hay que dejar espacio a las Comunidades Autónomas (en adelante, CA) y que la competencia estatal es de carácter normativo, no ejecutivo. Asimismo, el TC ha configurado la competencia como exclusiva (aunque con objeto limitado<sup>5</sup>) y no como una competencia básica que deba ser seguida de un desarrollo autonómico (STC 61/1997, FJ 7a)<sup>6</sup>.

En definitiva, la STC 61/1997 ha configurado el art. 149.1.1 CE como dirigido a la regulación del “contenido primario (...) del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...)”, sin que ello implique una “igualdad formal absoluta” pues las condiciones básicas han de ser “las imprescindibles”. Con

---

<sup>4</sup> Vd. I. De Otto, *Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Madrid, 1986, 174-175; J.M. Baño León, *Las autonomías territoriales y el principio de unificación de las condiciones de vida*, Madrid, 1988, 266 ss.; M. Barceló Serramalera, *Derechos y deberes constitucionales en el Estado autonómico*, Madrid, 1991, 88 ss. y 132; L. López Guerra, *Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas en el artículo 149.1.1 CE*, en A. Pérez Calvo, (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, 1990, 84; E. Aja Fernández, *El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social*, en VV.AA, *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Barcelona, 1992, 40, y M. Aragón Reyes, *Libertades económicas y Estado social*, Madrid, 1995, 131-132.

<sup>5</sup> Si atendemos a la distinción de Baldassarre entre derechos condicionados y no condicionados, en la que en los primeros, y los derechos prestacionales son su arquetipo, está asegurado el *se* y el *quid*, pero no el cómo y el cuándo, que queda a la decisión del legislador, bajo la reserva de lo posible o razonable (vd. A. Baldassarre, *Diritti Sociali*, en *Enciclopedia Giurídica*, vol. XI, Roma, 1989, 28 ss.) el art.149.1.1 daría al Estado la posibilidad de definir los mínimos del “cómo” de la realización de ese derecho constitucional de carácter prestacional, pero no le autoriza, si no tiene otro título que se lo permita, a decidir *en toda su extensión* el “cómo”, ni tampoco el “cuándo”, pues si sólo le asiste el art.149.1.1 y no otro título, y las CA han adoptado competencias sobre el derecho constitucional de que se trate, a ellas corresponde decidir si otorgan determinada prestación, cuándo lo hacen, y sólo en cuanto al “cómo” se ven limitadas por la previsión de mínimos del legislador estatal, que es la que garantizará la igualdad a que se refiere el art. 149.1.1. Más allá de esto, si el Estado tiene otras competencias, podrá seguir incidiendo, y si no, serán las CA las que actuarán si y cuando lo estimen oportuno.

<sup>6</sup> En contra de la vinculación con las bases, vd. I. De Otto y Pardo, *Los derechos*, cit., 70; J.M. Baño León, *Las Autonomías territoriales*, cit., 266; M. Barceló Serramalera, *Derechos y deberes*, cit., 104 ss.; L. López Guerra, *Consideraciones*, cit., 83; J. Barnes, *Problemas y perspectivas del art. 149.1.1*, Barcelona, 2004, 121 ss. A favor: J. Tudela Aranda, *Derechos*, op. cit.; M.A. Cabellos Espiérrez, *Distribución competencial*, cit., 99-112.

todo, la definición se amplía dado que el TC prosigue diciendo que “cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con [las condiciones], tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho (...); los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho (...); los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho” (FJ 8).

Por otra parte, no es posible ofrecer un concepto único del 149.1.1, pues el alcance de este depende del tipo de derecho con el que se conecte. No será lo mismo lo que un derecho precise de la actividad regulatoria estatal basada en el art. 149.1.1 si es un derecho prestacional que si es un derecho de libertad o de participación. El alcance variará, pues, en función de cada derecho, pues cada uno de ellos puede precisar de más o menos condiciones básicas.

Lo que está claro, no obstante, es que este tipo de preceptos se han de usar con cierta prudencia por parte del Estado, porque de lo contrario en vez de una igualdad mínima se pasaría al extremo opuesto y se conseguiría una recentralización en materia de derechos que tampoco es lo que el precepto (que habla de condiciones “básicas”) perseguía. En este sentido, se echa en falta casi siempre la colaboración previa Estado-CA para evitar posteriores conflictos competenciales.

2546

Por su parte, el art. 117.II.m CI, nacido de la reforma constitucional de 2001, dispone que es competencia exclusiva del Estado: “la determinación de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales que deban ser garantizados en todo el territorio nacional”. El precepto es más concreto que el del art. 149.1.1 CE y se centra en los niveles esenciales de las prestaciones, lo que apuntará sobre todo (aunque no solo) a los derechos prestacionales: de hecho, en el actual proceso de puesta en práctica de la autonomía diferenciada del tercer párrafo del art. 116 CI, que se ha traducido en la aprobación de la Ley 86/2024, de 26 de junio, ya se ha puesto de manifiesto que existen “materias LEP” y “materias no LEP”, y esta distinción es trasladable también al ámbito de los derechos, pues en determinados derechos civiles no resulta sencillo imaginarles unos LEP<sup>7</sup>.

La idea de niveles esenciales estaría de algún modo emparentada con la de condiciones básicas, pero se diferencia de estas en que la formulación vaga y genérica de estas últimas permite al Estado en España regular cuestiones muy diversas sobre derechos, y que no se limitan al establecimiento de niveles prestacionales. Los LEP del precepto italiano se orientan más directamente a establecer ante el ciudadano qué servicios y prestaciones puede esperar de (y exigir a) la administración competente en relación con un determinado derecho, fijando así un contenido prestacional

---

<sup>7</sup> Vd. G. Meloni, *L'ambito di operatività dei livelli essenziali delle prestazioni*. En VV.AA., *I livelli essenziali delle prestazioni. Questioni preliminari e ipotesi di definizione*, Roma, 2006, 33.

de este que sea igual para todo el territorio del Estado, independientemente de que las regiones tengan una determinada responsabilidad sobre ese derecho en virtud de sus competencias asumidas.

Estamos, pues, ante una competencia exclusiva estatal pero con un objeto muy concreto: los mencionados niveles, orientados a fijar una zona de igualdad<sup>8</sup>, que por lo demás puede variar a lo largo del tiempo a medida que varíen las necesidades sociales y los avances en materias como sanidad, educación o servicios sociales, entre otras<sup>9</sup>. La utilidad del precepto para el Estado estará sobre todo en aquellos derechos en los que no cuenta con títulos específicos, ni siquiera concurrentes (en los que ya tiene los principios fundamentales ex art. 117.3 CI y habrá que ver en todo caso la diferencia entre estos y los LEP)<sup>10</sup>.

La idea recuerda a lo que en España conocemos como cartas de servicios, o a las enumeraciones de contenidos prestacionales que leyes y reglamentos estatales reguladores de un determinado derecho de carácter prestacional contienen a fin de asegurar dicho tratamiento igual en lo esencial en todo el Estado. La Corte Costituzionale, en fin, los ha definido en sentencias como la 220/2021 como “el umbral de gasto constitucionalmente necesario para proporcionar servicios sociales de naturaleza fundamental, así como el núcleo infranqueable de garantías mínimas para hacer efectivos dichos derechos” y ha señalado que “los LEP representan un elemento indispensable para una ejecución justa y transparente de las relaciones financieras entre el Estado y las autonomías territoriales” (FJ 5).

Lo que sorprende del caso italiano es la escasa puesta en práctica del art. 117.II.m desde 2001 hasta ahora, explicable sobre todo por motivos presupuestarios. La identificación de un cuadro de prestaciones que deban ser aseguradas en todo el territorio estatal conlleva inmediatamente la obligación de poner los medios financieros que permitan su aseguramiento (ya que de lo contrario se generaría frustración entre los ciudadanos frente a una norma que se revelaría inútil e incumplida) y ello ha podido resultar decisivo en dicha falta de implementación: regular los LEP cuesta dinero<sup>11</sup>.

Y es que, en aquellas materias en que las regiones deben intervenir por ser competentes junto con el Estado (y con mayor motivo aún si su competencia fuera exclusiva), garantizar los LEP exige que funcionen debidamente los canales de financiación de dichas regiones, de manera que

---

<sup>8</sup> En tal sentido N. Longo, *I livelli essenziali delle prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, Roma, 2012, 82.

<sup>9</sup> Sobre el carácter tendencialmente móvil de los niveles esenciales vd. A. D'Aloia, *Autonomie territoriali e autonomie sociali nelle dinamiche di garanzia del principio di eguaglianza sostanziale*, en L. Chieffi (cur.), *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali*, Padova, 2001, 102.

<sup>10</sup> Sobre la diferente relevancia del precepto para el Estado, en función de qué tipo de título tenga este sobre una materia, o de que carezca de él, vd. A. Ruggeri, *Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali*, en *Diritto e società*, 2, 2001, 202.

<sup>11</sup> En tal sentido vd. M.C. Guerra, *Autonomia regionale differenziata: verso la “secesione dei ricchi”?*, en *Le Regioni*, 47, 2, 2019, 422.

esa financiación resulte suficiente. A partir de ahí, lógicamente, tales regiones deberán actuar de manera eficiente al ejecutar el gasto público y de manera coherente con las competencias que poseen y con los LEP que han de ser asegurados, pudiendo incluso (si tienen la disponibilidad financiera necesaria) mejorarlos<sup>12</sup>. Pero han de poder disponer de fondos para todo ello. Como es bien sabido, sin embargo, las previsiones sobre financiación de la reforma constitucional de 2001, desarrolladas en la Ley 42/2009, no han encontrado después apenas aplicación práctica<sup>13</sup>.

Por lo demás, la Corte Costituzionale ha sido contradictoria con el tipo de intervención estatal: a veces ha dicho que no podía alcanzar a dar al Estado competencia para regular aspectos organizativos y procedimentales<sup>14</sup>, pero otras veces olvida esto y afirma abiertamente lo contrario<sup>15</sup>. Por otra parte, la Corte sí que ha sido constante en reprochar al Estado la muy insuficiente puesta en práctica de los LEP que, más allá de la sanidad (LEA) y de algunos ámbitos vinculados a la educación o la asistencia social en el plano local, han quedado sin regular<sup>16</sup>.

Como es conocido, la antes mencionada Ley 86/2024, que fija un cauce procedimental a la autonomía diferenciada, debería suponer una revitalización de la idea de fijación de los LEP. Aunque estos hubieran debido ser puestos en práctica hace ya mucho tiempo, la vinculación de la autonomía diferenciada a la previa fijación de los LEP puede ser la oportunidad para que estos se hagan realidad, y en ello ha trabajado ya desde febrero de 2023 el *Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni* (CLEP), cuyos trabajos, junto con los de la *Commissione tecnica per i fabbisogni standard*, servirán a la *Cabina di Regia* (creada por la ley 197/2022 en el epígrafe 792 de su art. 1) para fijar dichos LEP y las necesidades estándar y presentárselos al Consejo de Ministros, al que la Ley 86/2024 le da 24 meses para aprobarlos mediante decreto legislativo (cuestión ésta que como veremos de inmediato ha sido censurada por la Corte Costituzionale). Solo después de eso podría iniciarse el proceso de negociación y aprobación de las

<sup>12</sup> Como recuerda Masala, el art. 117.II.m reduce la discrecionalidad del legislador regional, pero no la elimina, pues este puede mejorar las prestaciones ofrecidas en su territorio. Vd. P. Masala, *La tutela dei diritti sociali negli ordinamenti di tipo composto tra uniformità e differenziazione. Decentramento e diritti sociali in Italia, Germania e Spagna*, Pisa, 2014, 153-154. La Corte así lo ha establecido también. Por ejemplo, en el ámbito educativo, ha señalado que "queda en cualquier caso abierta la posibilidad de que las regiones, en el ámbito de su competencia concurrente en la materia, puedan mejorar los citados niveles prestacionales y, en cualquier caso, el contenido de la oferta formativa, adecuándola, en particular, a las exigencias locales" (SCC 200/2009). También en el derecho de acceso a documentos administrativos (SCC 398 y 399/2006) o en el derecho a la vivienda (SCC 121/2010), entre otros muchos ejemplos posibles.

<sup>13</sup> Sobre esa inaplicación vd. D. Pappano, *Profili finanziari dell'autonomia differenziata: criticità connesse alla definizione dei c.d. Lep e ai meccanismi di finanziamento delle funzioni trasferite*, en *Il diritto dell'economia*, 2, 2023, 329 ss.

<sup>14</sup> Vd. entre otras las SCC 370/2003, 120/2005, 387/2007, 99/2009 o 200/2009.

<sup>15</sup> Vd. por ejemplo las SCC 42/2000, 44/2010, 164/2012, 203/2012, 62/2013 o 121/2014, entre otras.

<sup>16</sup> Vd. entre otras las sentencias de la Corte 62/2020, 142/2020, 220/2021 o 71/2023.

correspondientes *intese*, que permitan que puedan transferirse a las regiones que lo soliciten las diversas materias (aunque sobre el alcance de lo transferible ha incidido también la Corte) mencionadas en el tercer párrafo del art. 116 CI, muchas de las cuales vinculadas directa o indirectamente a derechos.

Se introduciría así una mayor diversidad en materia de derechos en Italia, diversidad que debiera venir limitada, aparte de por las normas que pueda seguir dictando el Estado en ejercicio de las competencias que le queden, por el hecho de que existan unos LEP de obligado cumplimiento para cada materia en todo el territorio estatal, y que habrán sido además debidamente cuantificados, así como deberá asegurarse la financiación regional que permita aplicarlos en cada territorio. Este último aspecto es clave: ya ha señalado la Corte cómo esa financiación no siempre ha sido real en los pocos ámbitos en los que hasta ahora hay LEP (SCC 121/2010) y que las previsiones de inversión no pueden dejarse abiertas de modo que luego no resulten cumplidas porque se sometan a genéricas “posibilidades presupuestarias” (SCC 275/2016) pues es el presupuesto el que debe servir al contenido esencial de los derechos, no al revés.

La doctrina ha señalado también que “nivel esencial” es lo necesario para hacer reconocible el derecho, no solo lo que en cada momento se pueda financiar (“nivel mínimo”) que puede ser, en momentos de crisis, menos que aquello<sup>17</sup>. Como señala Butturini, la idea de nivel mínimo es un concepto financiero (qué se puede financiar en cada momento) mientras que el nivel esencial “se orienta a la consecución de determinados objetivos de bienestar y equidad de los ciudadanos, que van más allá del mero plano financiero”<sup>18</sup>. Corresponderá a la Corte hacer un control de razonabilidad de los niveles que fije el Estado, e impedir también que las regiones se ubiquen en sus normas por debajo de los mismos (en tal sentido, SCC 275/2016)<sup>19</sup>.

Como ya se dijo antes, aquellas regiones que se lo puedan permitir han de poder elevar en su territorio los LEP en aquellas materias que consideren oportunas. Dependerá ello de sus prioridades políticas y de sus posibilidades financieras, y de aquí se podrá derivar un elemento de desigualdad entre ciudadanos de diferentes territorios, pero hay que entender que la igualdad básica (los LEP) ya estará asegurada en esa materia, y que la diversidad a partir de ahí es algo consustancial a todo Estado compuesto, en que se distribuyen competencias ligadas a (entre otras muchas cuestiones) derechos.

En sentido opuesto, si una región no atiende debidamente a sus obligaciones de garantizar los LEP, queda abierta la vía de los poderes sustitutivos del Estado (art. 120 CI), si bien deberá en cada caso discernirse

<sup>17</sup> Vd. entre otros G. Meloni, *L'ambito*, cit., 36.

<sup>18</sup> Vd. D. Butturini, *I livelli essenziali delle prestazioni: problemi di definizione e di finanziamento*, en F. Palermo y M. Nicolini (Eds), *Federalismo fiscale in Europa. Esperienze straniere e spunti per il caso italiano*, Napoli, 2012, 238-239.

<sup>19</sup> Vd. P. Masala, *La tutela*, cit., 274-275.

si estamos ante negligencia o falta de voluntad de la región, o ante una insuficiente financiación de esta que le impide, aunque quisiera, cumplir con sus obligaciones. En principio la actual introducción de la autonomía diferenciada pretende evitar esta segunda situación, pero habrá que ver si se consigue en la práctica.

No podemos aquí, por razones de espacio, entrar en la notable discusión que ha generado en la doctrina italiana (y en la sociedad en general) esa puesta en práctica mediante la ley 86/2024 de la autonomía diferenciada, que se ha querido vincular a los LEP y ha de servir para impulsar estos. Son muchas las críticas al texto legal, relativas a la atribución al Parlamento de un rol secundario en el proceso de aprobación de las *intese*, a los riesgos de fragmentación competencial, al peligro de profundización en las diferencias norte-sur, a la incógnita acerca de si la prevista participación de las regiones en los tributos del Estado recaudados en cada territorio regional no pudiera debilitar en exceso a este, etc. Por otra parte, en el momento de cerrar para su publicación este trabajo (diciembre de 2024) ha sido dictada la sentencia de la Corte Costituzionale 192/2024, que ha hecho frente a buena parte de esas críticas y ha declarado inconstitucionales diversos aspectos de la ley.

Sin ánimo exhaustivo, señalaremos que entre esos aspectos declarados inconstitucionales está el de que la ley permitiera transferir materias o ámbitos de materias (la Corte considera que solo pueden transferirse “específicas funciones legislativas y administrativas”, y siempre justificándolo a la luz del principio de subsidiariedad y de la situación, capacidad y necesidades de cada concreta región); ha considerado asimismo la Corte que la delegación legislativa al gobierno para fijar los LEP, sin los necesarios criterios directivos, es incorrecta porque vacía el papel del parlamento; que también es contrario a la Constitución que sea un decreto del presidente del Consejo de Ministros el que actualice los LEP; que no es admisible que el alineamiento de las regiones destinatarias de la autonomía diferenciada con los objetivos de las finanzas públicas sea facultativo y no obligatorio; que no se debe aplicar el procedimiento de la ley a las regiones de estatuto especial, o que no puede aceptarse tampoco la posibilidad de modificar, mediante decreto del Consejo de Ministros, las cuotas de participación de las regiones en los ingresos de los impuestos estatales en caso de discrepancia entre las necesidades de gasto y la evolución de los mismos ingresos, pues ello podría llevar a premiar a las regiones ineficientes. La Corte ha realizado también diversas interpretaciones de otros preceptos de la ley, entre otras cuestiones en el sentido de establecer que el papel del parlamento no puede ser solo el de tomar o dejar el proyecto de ley de aprobación de la *intesa*, como pudiera derivarse de la lectura del texto de la norma, sino que el Parlamento podrá modificarlo, y en tal caso los gobiernos deberán renegociar dicha *intesa*, así como ha realizado también la Corte interpretaciones sobre el modo de entender la cláusula de invariabilidad financiera, el modo de calcular los recursos vinculados a las funciones

transferidas (no podrá hacerse sobre la base del criterio del gasto histórico) o el alcance de la transferencia de funciones relativas a materias no-LEP (no podrán ser funciones que afecten a prestaciones concernientes a derechos civiles o sociales) entre otras.

La sentencia de la Corte abre una nueva etapa que ahora mismo ofrece muchas incógnitas, a las que en el momento de cerrar este trabajo es imposible dar respuesta. Habrá que ver si finalmente se realiza el referéndum abrogatorio solicitado sobre la ley y con qué alcance, y habrá que ver también cómo el Parlamento rehace la ley para corregir las deficiencias señaladas por la Corte y las partes de la ley que han sido declaradas inconstitucionales y necesitan por tanto de una nueva regulación. También será necesario comprobar con el tiempo si la fijación de los LEP y la ulterior transferencia de específicas funciones sobre materias a las regiones en el marco de este proceso de implantación de la autonomía diferenciada (si es que este sale finalmente adelante, después de la sentencia de la Corte y de la notable polémica social y política que se está generando ya desde el mismo momento de aprobación de la ley) supone un avance para el modelo regional italiano o, por el contrario, un riesgo de aumento de desigualdades interterritoriales y de ruptura para el Estado<sup>20</sup>. Piénsese que la finalidad del art. 117.II.m era conseguir una igualdad en lo esencial: si a través de la autonomía

<sup>20</sup> Sobre las críticas y análisis formulados en torno al actual proceso de autonomía diferenciada la doctrina es, lógicamente, ya muy abundante. Pueden verse entre otros M. Bordignon, M. Esposito, G. Pisauro y S. Staiano, *L'Italia al bivio tra riforma dello stato e autonomia differenziata. A che punto siamo?* Fondazione Mezzogiorno, 2024. Disponible en: [shorturl.at/0qqVF](https://shorturl.at/0qqVF); L. Chieffi, *I persistenti dubbi di conformità a Costituzione del d.d.l. recante Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata*, 2024. Disponible en: [www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1665](https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1665); E. D'Orlando, *Audizione informale nell'ambito dell'esame, in sede referente, del d.d.l. A.C. 1665*. 2024. Disponible en: [www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1665](https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1665); F. Gallo, *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie (1970-2020) in un contesto di centralismo asimmetrico*, en *Federalismi.it.*, 10, 2021, 4-12; M.C. Guerra, *Autonomia regionale differenziata: verso la "secessione dei ricchi"?*, en *Le Regioni*, 2, 2019, 413-444; P. Liberati, *Audizione su disegno di legge C. 1665*. 2024. Disponible en: [www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1665](https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1665); M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, en *Federalismi.it.*, 6, 2019, 2-40; D. Pappano, *Profili finanziari dell'autonomia differenziata: criticità connesse alla definizione dei c.d. Lep e ai meccanismi di finanziamento delle funzioni trasferite*, en *Il diritto dell'economia*, 2023, 2, 323-352; S. Piperno, *Il regionalismo differenziato nella "terra incognita" dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP)*, Centro Studi sul Federalismo, 276, 2023. Disponible en: [shorturl.at/6lcnh](https://shorturl.at/6lcnh); A. Poggi, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, en *Federalismi.it.*, 3, 2024, 4-14; P. Rossi, *Il regionalismo differenziato*, Trento, 2020; G.M. Salerno, *L'autonomia differenziata: problema o prospettiva costituzionale?*, en *Federalismi.it.*, 19, 2023, 4-11. M. Sentimenti, *L'autonomia differenziata di Lombardia, Veneto, Emilia-Romagna*, en M. Sentimenti, *Le regioni dell'egoismo*, Roma, 2023, 11-50; G. Viesti, *Contro la secessione dei ricchi*, Bari, 2023; M. Villone, *Autonomia differenziata tra unità della Repubblica e pulsione separatista*, en M. Sentimenti, *Le regioni*, cit., 109-129; L. Violini, *Livelli essenziali e regionalismo differenziato: riflettendo sui nessi tra l'art. 117 II m) e l'art.116, III della Costituzione, alla luce dei lavori del CLEP*, en *Federalismi.it.*, 4, 2024, 2-11.

diferenciada lo que surge a medio plazo es un aumento de las desigualdades regionales y una excesiva asimetría en el disfrute de los derechos se habría conseguido justo lo contrario, de manera que conviene ser muy cautelosos al desarrollar aquella.

### 2.3 Reglas sobre el ejercicio de los títulos competenciales: el art. 72 GG y la legislación divergente

#### 2.3.1 El camino hacia la legislación divergente: el abuso por parte del Bund de la uniformidad de las condiciones de vida en las competencias concurrentes y marco

En su inicio la Constitución alemana contenía (además de competencias exclusivas) tanto competencias marco como concurrentes: en ambas el Bund ocupó a lo largo del tiempo el campo normativo que pudiera corresponder a los Länder, dejando a estos finalmente sin nada que regular, porque el art. 72.2 GG establecía que el Bund podía dictar cuantas normas considerara oportunas en esos dos tipos de competencias, siempre que ello fuera necesario para el mantenimiento de la uniformidad de las condiciones de vida o de la unidad jurídica o económica a nivel federal. Naturalmente, resultaba muy sencillo para el Bund alegar que cualquier norma que dictaba favorecía alguna de las mencionadas finalidades, de modo que se aprovechaba de ello de manera manifiesta. Paradójicamente, el TCF se negaba a controlar los posibles excesos del Bund amparándose en que había que reconocer a éste un margen de decisión política, y que el TCF no podía entrar a controlar eso.

Por tanto, con este art. 72.2 GG (que como se ha visto no era un título competencial sobre una determinada materia, sino una regla sobre cómo debían ejercerse los títulos competenciales) se daba acceso al Bund para, entre otras cosas, introducir un elemento de unitarización u homogenización en materia de derechos, pues con sus normas en muy diversos ámbitos (que él justificaba en la necesidad de preservar la uniformidad de las condiciones de vida -obsérvese la evidente relación de esto con la igualdad de derechos- o en la unidad jurídica o económica) el Bund establecía unas posiciones comunes para todos los ciudadanos en muy diversos ámbitos relacionados con los derechos de estos.

Ese proceso de progresiva unitarización de las condiciones de vida, y con ello de muchos derechos, llevó a que las quejas de los Länder se fueran incrementando a lo largo del tiempo<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> El descontento de los Länder ya había llevado a la creación en 1973 de una Comisión de Reforma Constitucional en el Bundestag, con el fin de reformar el sistema de reparto competencial y en particular el art. 72. Los trabajos de la comisión duraron cuatro años pero, a pesar de la firme voluntad de los Länder de que la reforma saliera adelante, no tuvieron ningún resultado práctico. Vd. sobre ello K. P. Sommermann, *Die Stärkung der Gesetzgebungskompetenzen der Länder durch die Grundgesetzreform*, en *Juristische Ausbildung*, 1995, 394, y C. Neumeyer: *Geschichte eines Irrläufers: Anmerkungen zur Reform*

Algunos de los efectos unitarizadores mencionados se intentaron corregir con la reforma constitucional de 1994<sup>22</sup>, que en especial impidió (mediante reforma del art. 93.1.2.A GG) que el TCF pudiera negarse a examinar el uso por parte de la Federación del art. 72.2 GG, y retocó asimismo los términos de éste para cambiar la “uniformidad” por la “equivalencia” de las condiciones de vida. También se insistió en la “necesidad” de la regulación federal para conseguir esta<sup>23</sup>. Ello no tuvo unos efectos inmediatos pero permitió al menos que, en cumplimiento de la obligación que le fijó la reforma, el TCF comenzara a controlar a partir de 2002<sup>24</sup> y a anular a partir de 2004<sup>25</sup> las primeras normas federales por excederse el Bund de los términos del art. 72.2 GG.

Con ello, el problema quedó algo aminorado pero en absoluto resuelto, y la contrariedad de los Länder no desapareció. La reforma de 2006 fue una respuesta a esa insatisfacción de estos e introdujo una serie de cambios en el sistema de distribución competencial. En primer lugar, eliminó las competencias marco, cuyas materias se repartieron entre Bund y Länder. En segundo lugar, se sometió a las competencias concurrentes y a sus materias a un triple régimen:

a) aquellas materias en que el Bund podrá dictar normas cuando sea necesario para el mantenimiento de las condiciones de vida equivalentes a lo largo del territorio o de la unidad jurídica o económica, pero justificándolo y bajo control del TCF (art. 72.2)<sup>26</sup>. Las materias incluidas en este primer grupo y vinculadas a derechos serían: inmigración, asistencia social, libertad de empresa (en la materia de Derecho de la economía), formación profesional

---

*des Art.72 Abs. 2 GG*, en Ziemke (coord.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65 Geburtstag*, München, 1997, 556-558.

<sup>22</sup> Para los trabajos preparatorios de la reforma de 1994 y de la Comisión conjunta entre el Bundestag y el Bundesrat, se puede ver R. Sannwald: *Die Reform der Gesetzgebungskompetenzen nach den Beschlüssen der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat*, en *Die öffentliche Verwaltung*, 15, 1994, 629-637, y F.A. Jahn, *Empfehlungen der Gemeinsamen Verfassungskommission zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 4, 1994, 177-187.

<sup>23</sup> Sobre ello vd. A. Schmehl, *Die erneuerte Erforderlichkeitsklausel in Art.72 Abs.2 GG*, en: *Die öffentliche Verwaltung*, 17, 1996, 724.

<sup>24</sup> Lo hizo por primera vez, estableciendo los criterios de su control de cara al futuro, en su sentencia de 24 de octubre de 2002 (2 BvF 1/01) que resolvía el recurso interpuesto por el Gobierno de Baviera contra la ley que regulaba las profesiones relacionadas con el cuidado de los ancianos (*Altenpflegegesetz*). Sobre la actuación del TCF vd. M.A. Cabellos Espiérrez, *Distribución de competencias y control jurisdiccional en el federalismo alemán*, en *Revista española de derecho constitucional*, 75, 2005, 289-324.

<sup>25</sup> En la sentencia 1 BvR 1778/01, de 16 de marzo de 2004, que resolvió el recurso de amparo interpuesto por 53 personas contra la Ley federal de represión de perros peligrosos de 12 de abril de 2001. En concreto anuló un artículo (el art. 3) de la norma por considerar que no respetaba los presupuestos del nuevo art. 72.2 GG.

<sup>26</sup> Es la llamada legislación en caso de necesidad (*Erforderlichkeitsgesetzgebung*), que se corresponde con aquellas materias de competencia concurrente respecto de las cuales, para poder dictar normas, el Bund ha de seguir cumpliendo con los presupuestos que recoge el art. 72.2 GG.

y ciencia, regímenes de propiedad colectiva de la tierra, financiación de hospitales, consumo, e investigación genética, trasplantes y fertilidad.

b) aquellas materias en que, si el Bund entra y dicta una norma (y para ello no tendrá que acreditar los requisitos del apartado anterior<sup>27</sup>) los Länder pueden apartarse de aquella y dictar una norma propia que desplace a la del Bund (art. 72.3)<sup>28</sup>. A esta posibilidad de legislación divergente de los Länder nos referiremos específicamente en el próximo apartado, y afecta también a diversas materias relacionadas con derechos.

c) aquellas materias en que el Bund puede entrar sin límite: las demás. Sobre derechos inciden directa o indirectamente materias como las relativas a distintas ramas del ordenamiento (Derecho civil, penal, laboral y organización judicial), estado civil, derecho de asociación, medidas contra enfermedades y una serie de materias que ya eran previamente exclusivas del Bund y en las que por tanto este ya podía actuar sin limitaciones, como libertad de circulación y de residencia, telecomunicaciones y propiedad intelectual e industrial<sup>29</sup>.

Por tanto, en este nuevo sistema nacido de la reforma de 2006<sup>30</sup>, antes de enumerar los títulos se intenta precisar con qué intensidad el Bund puede ejercerlos, a través de reglas sobre su uso. Para ello, se hace un cálculo previo de en qué derechos (y otras materias) se necesita más o menos “equivalencia” en las condiciones de vida y más o menos “unidad” jurídica o económica, pero se reconoce que son conceptos que siempre suscitarán discusiones, y por ello se da entrada, como se dijo y veremos en el próximo apartado, a una nueva competencia de los Länder de sustitución de la normativa del Bund. Al mismo tiempo, es también significativo que se dejen de lado técnicas como la relativa al “marco” (homologable a la técnica de las “bases”) que acaban muchas veces por dar al Estado una competencia tendencialmente exclusiva y total.

### 2.3.2 La legislación divergente del art. 72.3 GG

---

<sup>27</sup> Lo que resulta lógico habida cuenta de que se da a los Länder, como se dirá, libertad para apartarse de la norma federal si no les convence. Vd. L. Beck, *Die Abweichungsgesetzgebung der Länder: aus staatsrechtlicher, rechtsvergleichender und dogmatische Untersuchung*, Baden-Baden, 2009, 50.

<sup>28</sup> Conocida como legislación divergente (*Abweichungsgesetzgebung*).

<sup>29</sup> Hablamos aquí de legislación de rango preferente (*Vorranggesetzgebung*): el Bund no debe ya acreditar la concurrencia de necesidad de ningún tipo: podrá ir dictando normas sin límite hasta que, *de facto*, pase a ocupar toda la materia desplazando la normativa previa de los Länder. Se produce el denominado efecto bloqueo (*Sperrwirkung*) respecto de la previa normativa de los Länder.

<sup>30</sup> Sobre el proceso de reforma y sus resultados vd. A. Arroyo Gil, *La reforma constitucional del federalismo alemán*, Barcelona, 2009, y en concreto las 44 a 80. En la doctrina alemana, una buena síntesis de lo ocurrido en este ámbito puede verse en H.W. Rengeling, *Föderalismusreform und Gesetzgebungskompetenzen*, en *Deutschesverwaltungsblatt*, 24, 2006, 1537-1549.

De entre las novedades introducidas por la reforma de 2006 para limitar el abuso por parte del Bund de las posibilidades que le otorgaba el art. 72.2 GG destaca la mencionada técnica de la legislación divergente (art. 72.3 GG), nueva forma de distribución competencial que permite a los Länder dictar una nueva ley que desplace a la federal en una serie de materias, si no están de acuerdo con dicha ley federal<sup>31</sup>. Entre las materias sometidas a esta técnica hay varias que afectan directa o indirectamente a derechos, y que son protección del medio ambiente (excepto los principios generales de éste), urbanismo y ordenación del territorio y admisión y diplomas de las universidades. Algunas otras materias (caza, aguas, impuesto de bienes inmuebles) presentan una relación mucho más alejada o tangencial, aunque no inexistente<sup>32</sup>.

En el funcionamiento de la técnica, la nueva norma del Land inaplica (no deroga) la del Bund<sup>33</sup>. Esta podría volver a aplicarse si el Land derogase su propia norma divergente, y al mismo tiempo el Bund podría desplazar a su vez la norma del Land si dictase una nueva norma federal posterior a ésta. Aunque hablemos genéricamente de “norma”, hay que decir que se entiende que la fuente a usar de manera ordinaria es la ley, aunque no se excluye el recurso excepcional al reglamento que complete a aquella.

Al introducirse esta nueva regla sobre el ejercicio de las competencias se anunciaron por parte de los detractores de la técnica diversos peligros, como la excesiva variedad normativa y las asimetrías que podrían darse entre Länder (aunque hay tener en cuenta que la técnica se proyecta sobre pocas materias, y que los Länder muchas veces se coordinan antes de regular algo); el llamado “efecto ping-pong” (el peligro de una sucesión de normas de Länder y Bund que se fueran desplazando unas a otras, peligro que en la práctica no se ha dado pues el Bund no ha “contraatacado” las normas de los

---

<sup>31</sup> Aunque ciertamente novedosa, la técnica había sido ya considerada en el pasado en debates o comisiones. Así, cabe hallar precedentes en los debates de la elaboración de la Constitución de Weimar, en propuestas en el marco de la comisión de reforma constitucional que el Bundestag creó en 1973 y en propuestas de diversos Länder a partir de la década de 1990. En todos los casos, como se dijo, sin traducción práctica. El modelo actual procede de la propuesta formulada por Joachim Stünker (SPD) y Norbert Röttgen (CDU/CSU) en la comisión conjunta Bundestag/Bundesrat (2003-2005) para la reforma de la Constitución. Sobre los precedentes, vd. C. Schulze Harling, *Das materielle Abweichungsrecht der Länder*, Frankfurt, 2011, 21-77

<sup>32</sup> También se ha introducido esta posibilidad en relación con la ejecución del Derecho del Bund por parte de los Länder (art. 84 GG), en que también se prevén posibilidades de divergencia por parte de estos en cuanto a la determinación de qué autoridades deberán ejecutar las normas federales y a través de qué procedimientos. Sobre las diferentes materias de la legislación divergente vd. M.A. Cabellos Espírruez, *Nuevas formas de distribución competencial la legislación divergente en el federalismo alemán*, en *Revista española de derecho constitucional*, 96, 2012, 125-159, y la bibliografía allí indicada.

<sup>33</sup> El art. 72.3 vendrá a ser excepción a la regla del art. 31 GG según la cual el Derecho federal “rompe” (*bricht*) el Derecho de los Länder. En este caso sería el Derecho de los Länder el que inaplicaría el del Bund en el territorio del Land correspondiente.

Länder)<sup>34</sup> o el peligro para la equivalencia de las condiciones de vida (a lo que podría responderse que el Bund tiene muchas herramientas para mantener esa equivalencia, y que en el federalismo no puede todo ser idéntico<sup>35</sup>). Los peligros, pues, no se han verificado, pero sí algunas ventajas: ganan ámbito de actuación los parlamentos de los Länder, tradicionalmente muy limitados en cuanto a competencias legislativas; se ha frenado aunque sea un poco la unitarización del federalismo alemán: los Länder han podido aprender unos de otros al abordar la regulación de una materia<sup>36</sup>, y hasta el Bund ha podido beneficiarse de ello. Asimismo, la técnica es útil de cara a la ejecución del Derecho Comunitario, pues el Bund tiene una herramienta para ejecutarlo a tiempo dictando una ley para toda la Federación sin que ello aparte definitivamente a los Länder de poder regular luego esa cuestión si lo desean<sup>37</sup>.

En la práctica, pues, el sistema ha funcionado bien, no ha dado problemas, y hasta se ha añadido una materia nueva, el impuesto de bienes inmuebles (en 2019)<sup>38</sup>. De todos modos ha de tenerse en cuenta que las claves para dicho buen funcionamiento han sido por un lado que la técnica se limita a un número tasado de materias, cuidadosamente escogido, y en segundo lugar que la cooperación entre Bund y Länder funciona en Alemania adecuadamente, tanto a través del Bundesrat como mediante otros foros, lo

<sup>34</sup> La doctrina ya había calificado este peligro de meramente teórico, tanto por el hecho de que la lealtad federal, tan relevante en Alemania para Bund y Länder, debiera impedirlo como por la cantidad de foros de cooperación existentes en el país, así como porque el Bund será el primer interesado en primar el diálogo con los Länder frente a una sustitución constante de unas normas por otras, y así ha sido en la práctica. Vd. al respecto O. Klein y K. Schneider, *Art. 72 GG n.F. im Kompetenzgefüge der Föderalismusreform*, en *Deutsches Verwaltungsblatt*, diciembre 2006, 1553; C. Schulze Harling, *Das materielle Abweichungsrecht der Länder*, Frankfurt, 2011, 234, y V. Grünewald, *Die Abweichungsgesetzgebung der Bundesländer. Ein Fortschritt im föderalen Kompetenzgefüge des Grundgesetzes?*, Berlin, 2011, 61-63.

<sup>35</sup> Además de los numerosos preceptos de la GG que aseguran el mantenimiento del Estado social e impedirían un perjuicio al mismo derivado de un mal uso de la legislación divergente, como hace notar Haug, el problema real para las condiciones de vida equivalentes radicaría más bien en la cantidad de Länder existentes y en sus condiciones poblacionales, geográficas, económicas, etc., muy dispares. Pero ello no tiene que ver con la legislación divergente, como es obvio. Vd. V. Haug, *Die Abweichungsgesetzgebung: ein Kuckucksei der Föderalismusreform?*, en *Die öffentliche Verwaltung*, 20, 2006, 856-857.

<sup>36</sup> Es lo que ha dado en llamarse *Lernende föderalismus*. Vd. entre otros L. Beck, *Die Abweichungsgesetzgebung der Länder: aus staatsrechtlicher, rechtsvergleichender und dogmatische Untersuchung*, Baden-Baden, 2010, 209.

<sup>37</sup> Señala Häde cómo por ejemplo en áreas relevantes como el medio ambiente, la legislación divergente permitirá al Bund actuar sin sujeción a la cláusula de necesidad, realizar una ejecución rápida, y luego los Länder decidirán si quieren apartarse o no, y en el primer caso dictar normas de transposición que, lógicamente, también se adecuen a los estándares exigidos por el Derecho comunitario. Vd. U. Häde, *Entflechtung und Verflechtung. Eine Zwischenbilanz der ersten Stufe der Föderalismusreform*, en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 24, 1, 2009, 6.

<sup>38</sup> Sobre el uso concreto que los Länder han hecho de esta posibilidad en las diferentes materias de la legislación divergente vd M.A. Cabellos Espíerrez, *Nuevas formas*, op. cit.

que facilita un funcionamiento armónico que, sin esos elementos, sería difícil de imaginar; incluso en el pasado los propios Länder han sabido coordinarse a la hora de dictar normas en ámbitos de su competencia y hacerlo escogiendo sistemas semejantes cuando lo han considerado oportuno<sup>39</sup>.

Es, pues, una técnica que recuerda el caso de la sección 33.1 de la Carta de Derechos y Libertades canadiense<sup>40</sup>, que recoge otra forma de legislación divergente, y que en el caso alemán de alguna manera está dando una competencia plena al Bund que sin embargo puede ser aminorada o incluso desactivada por los Länder que lo deseen (y quizá no todos querrán: los habrá que estarán cómodos con la normativa federal en un determinado sector). Así, en la medida en que lo deseen, los Länder podrán cambiar para ellos la regulación federal, lógicamente sin empeorar con ello el estándar mínimo de protección fijado en ésta, que habrá de regir en el resto del territorio y regular allí los derechos aludidos por esta técnica. Se evitan así, por ejemplo, las típicas discusiones sobre qué es básico y qué no en las clásicas competencias concurrentes. Pero no es menos cierto que para que una técnica así funcione hace falta un elevado concepto de la lealtad federal (presente en Alemania) y que se proyecte sobre un número muy estudiado y más bien corto de materias (como mínimo al principio). Estas dos claves explican en buena parte el éxito de este sistema en Alemania.

### 3. Recapitulación. Acerca de la utilidad y de las condiciones que precisan los mecanismos de aseguramiento de una igualdad mínima en materia de derechos de los ciudadanos

Como se recordó al inicio de estas páginas, la diversidad de derechos es consustancial al federalismo. Ello se aprecia en el plano del reconocimiento constitucional allá donde las constituciones de los estados miembros contienen tablas de derechos que vienen a complementar a la contenida en la Constitución federal: los casos de Alemania o Estados Unidos, entre otros muchos, son paradigmáticos al respecto. En países como España e Italia, en que los entes subcentrales no tienen constituciones sino estatutos, esta fórmula de las declaraciones de derechos contenidas en estos no ha logrado, en cambio, la misma eficacia práctica, siendo considerados por la jurisprudencia constitucional tales derechos como mandatos al legislador.

---

<sup>39</sup> Schulze Harling pone los ejemplos de la normativa sobre la protección de los no fumadores, semejante en todos los Länder, o de la reforma de la ejecución en el proceso de menores, que nueve Länder han regulado habiendo acordado previamente unas bases comunes en torno al sistema a escoger. Vd. C. Schulze Harling, *Das materielle*, cit., 235.

<sup>40</sup> Es el llamado “override power”: el parlamento de una provincia puede promulgar una ley donde se declare expresamente que ésta o una de sus disposiciones es aplicable independientemente de alguna disposición comprendida en el artículo 2 [libertades de pensamiento, religiosa, de expresión, reunión y asociación] o en los artículos 7 a 15 [derecho a la vida, derecho a no ser detenido salvo en los casos legalmente previstas, derechos procesales, principio de igualdad] de la Carta de Derechos y Libertades.

Con todo, no dejan de reflejar la relevancia para los derechos del factor de la descentralización política.

Pero también se muestra dicha relevancia en las diferencias en materia de derechos que se derivan de los listados competenciales y del reparto que estos hacen al convertir los derechos en materias competenciales objeto de distribución entre los entes. Como se ha visto, hay diferentes técnicas de reparto que se refieren tanto a títulos horizontales (que complementan a los títulos específicos existentes sobre concretos derechos y sirven al Estado para actuar en aquellos derechos sobre los que no tenga título específico) como a reglas sobre el modo de ejercicio de los títulos y que afectan a determinados derechos. En uno y otro caso se persigue evitar la existencia de asimetrías fuertes en materia de derechos, al abrir paso a la regulación de los derechos a los entes subcentrales pero otorgando al mismo tiempo herramientas de intervención al Estado, con finalidades de mantener una igualdad en lo necesario.

Los títulos horizontales de diverso tipo, como los examinados en los casos español e italiano, pueden presentar problemas por su potencial amplitud y por la dificultad de acotar los conceptos sobre los que se basan (condiciones básicas, niveles esenciales) y es fácil que acaben por favorecer al Estado. No debe olvidarse, por otra parte, que una cooperación efectiva entre entes y unos mecanismos justos de financiación de lo regulado son condiciones esenciales para el éxito de este tipo de preceptos; sin ellas, estos se ven conducidos en la práctica al fracaso.

2558

Igualmente pueden aportar ventajas unas reglas claras sobre el ejercicio de los títulos, como las del actual art. 72 GG, si no se limitan a reproducir técnicas como lo básico o lo concurrente que ya sabemos cómo funcionan y qué problemas típicos plantean. En este último sentido, las técnicas que miran a los estados miembros, como la de la legislación divergente, parecen más útiles para estos, y en cualquier caso tienen la ventaja de que estos no dependen de la magnanimidad o de la autocontención federal para poder ejercer sus competencias. En cualquier caso, hay que calibrar bien sobre cuántas materias se proyecta esto, e ir paso a paso para no generar de golpe demasiada heterogeneidad.

Ese peligro, el de la excesiva heterogeneidad, es precisamente el que puede plantear, por ejemplo, una reforma como la de la autonomía diferenciada en Italia, ligada al establecimiento de los LEP del art. 117.II m CI, y que se podría aplicar sobre la muy notable cantidad de 23 materias a la vez (o más exactamente, tras la sentencia de la Corte 192/2024, sobre específicas funciones legislativas y administrativas relativas a esas 23 materias): frente a esto, una puesta en marcha gradual en el tiempo, por fases, que permita comprobar y evaluar los resultados de los cambios introducidos en un número prudente de materias antes de añadir otras, y con las cuestiones relativas a la financiación bien medidas y aseguradas, podría ser una mejor opción.

Por tanto, son diversos los elementos que se van repitiendo en todos los modelos como esenciales para el éxito de las técnicas mencionadas: acabamos de referirnos a una cierta prudencia con los cambios, a una cooperación intergubernamental real y a una financiación suficiente. Podríamos añadir más: delimitación clara de responsabilidades, previsibilidad en la puesta en práctica de los títulos competenciales y eficiencia en la gestión por parte de todos los entes involucrados. Hay que combinar, pues, todos estos elementos para que la determinación de qué grado de igualdad y qué grado de diversidad puede darse en materia de derechos en un Estado compuesto pueda establecerse de manera suficientemente satisfactoria, sostenible (no cualquier grado de asimetría lo es, porque puede poner en peligro la cohesión social a lo largo del Estado) y, sobre todo, que le sea útil al ciudadano a la hora de ejercer sus derechos, de modo que éste perciba el carácter compuesto del Estado como algo positivo para tales derechos, y no como una fuente de problemas o de desigualdades irrazonables.

Miguel Ángel Cabellos Espiérrez  
Departamento de dret públic  
Universitat de Girona  
[miguel.cabellos@udg.edu](mailto:miguel.cabellos@udg.edu)