

## II. EXTRANJERO

### LA RELACION ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO EN LA RECIENTE DOGMATICA ALEMANA (\*)

*SUMARIO:* I. *Introducción.*—II. *Administración, legislación y jurisdicción en la dogmática alemana reciente:* A) La opinión mayoritaria y las grandes cuestiones planteadas. B) El principio de reserva de Ley y su desarrollo dogmático. C) Un concepto a examinar: la reserva de Administración. D) La relación Administración-Jurisdicción.

#### I. INTRODUCCIÓN

El título del presente apartado no es, ciertamente, original, sobre todo cuando se intenta discurrir sobre los supuestos básicos, primeros, del Derecho Administrativo. Cualquiera que se aproxime a nuestra disciplina encuentra como tema central de la misma a un sujeto, la Administración Pública, cuya actuación está fuertemente influenciada, mediaticada por otros dos poderes del Estado, el Legislativo y el Judicial. Las relaciones e interferencias entre los tres poderes, sus líneas de separación y, también, de confusión forman la historia, el presente y el futuro de nuestra disciplina.

En este sentido podrá decirse que el título de esta parte del proyecto docente es conservador. Es posible que ése pueda ser el primero de los juicios a formular. Espero, sin embargo, que no pueda decirse lo mismo respecto a su tratamiento. Porque lo cierto es que esta relación entre los tres poderes de que hablamos parece eterna, pero no su contenido. Existe una gran distancia respecto a aquella Administración a la que se prohibía el ejercicio de la potestad reglamentaria porque, se decía, establecer normas es introducirse en el terreno del Legislativo (1). Estamos

---

(\*) El presente trabajo forma parte del proyecto docente que presenté al concurso convocado para la provisión de la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Valencia. Creo útil proceder a una publicación separada de él en cuanto que contiene una serie de informaciones que juzgo útiles para nuestra disciplina y que me parece hoy son desconocidas en nuestra lengua. El carácter del trabajo explica las remisiones a otras partes del proyecto docente que todavía no se dan a la luz en cuanto que están sometidas a un proceso interno de valoración y crítica. He preferido no modificar la redacción para conservar la letra y el espíritu con que sus páginas fueron concebidas y redactadas.

(1) En los primeros revolucionarios franceses, obsesionados por realizar hasta los más mínimos detalles los principios de la separación de poderes, se da esta

muy lejos, temporal e ideológicamente, de la jurisdicción retenida, aunque también se pensara que era consecuencia lógica del principio de separación de poderes (2). La norma máxima entre las máximas, la Constitución, crea, por otra parte, directamente obligaciones para la Administración y para el resto de los poderes públicos, y no es una mera norma de referencia política (3). Es posible que ahora, como en los mismos orígenes del surgimiento del Derecho Administrativo, la preocupación por salvaguardar la libertad del ciudadano mueva todas las construcciones teóricas y las respuestas jurídicas, pero si antes la abstención de la Administración se decía que era la garantía de la libertad, hoy, con GALGANO, podemos decir que «el intervencionismo es el nuevo momento de la libertad» (4). Los temas pueden, pues, ser eternos, pero los contenidos variar sustancialmente.

La tarea del jurista, que no del leguleyo, la tarea del científico del Derecho es, precisamente, saber leer las sucesivas caras que pueden presentar los mismos, aparentes, fenómenos. Entenderlas en su contexto y explicarlas. Facilitar también, desde sus propias convicciones, la orientación colectiva de la conciencia social hacia la modificación de lo que se considera imperfecto, o la conservación de lo que cumple una función (5).

Este es el objetivo de las siguientes reflexiones. En el fondo, una manera de intentar comprender el fenómeno actual de la división de poder

---

prohibición a la Administración de reglamentar. Así, la Constitución de 14 de septiembre de 1791 dirá en uno de sus preceptos: «Le pouvoir executif ne peut faire aucune lois pour ordonner ou en rappeler l'observation.» Para la historia de este precepto, vid. F. MOEAU, *Le reglement administratif*, París, 1902. Con anterioridad a la Constitución, ya la Ley del 22 de julio de 1791 había prohibido hacer reglamentos a los municipios. Sobre el tema, A. EMBID IRUJO, *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, Ed. IEAL, Madrid, 1978, págs. 256 y ss. La realidad es, sin embargo, que la Asamblea no fue capaz de descender en su legislación hasta los menores detalles precisos que necesita la vía administrativa, y la potestad reglamentaria fue un hecho en la Administración.

(2) Sobre esta cuestión en nuestro país, vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Ed. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1973, y L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de septiembre de 1888*, Ed. IEA, Madrid, 1975, *in totum*.

(3) Cfr., por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Cívitas, Madrid, 1981, págs. 40 y ss.

(4) Cfr. GALGANO, «La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle liberata costituzionali», en el vol. col. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell economia*, Padova, 1977, pág. 511.

(5) Asumo como jurista, por tanto, las palabras de L. RAISER cuya traducción llevo a cabo a continuación. Para RAISER, la tarea dogmática del derecho sería «enseñar a comprender el estado de las normas del derecho vigente en sus distintas dimensiones, es decir, en relación a sus factores determinantes históricos, ideológicos, sociales y políticos, así como su efecto sobre la vida jurídica... También, facilitar por medio de la observación, la explicación y los estímulos, el desarrollo progresivo de estas normas en el cambio de las relaciones sociales y de las concepciones de valor». La cita la tomo de la pág. 217 del trabajo de O. BACHOF, *Die dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwarts aufgaben der Verwaltung*, «VVDSIRL», 30, Ed. De Gruyter, Berlin, 1972.

res, criticar sus manifestaciones perversas y orientar las interpretaciones válidas. Sobre una teoría, además, que es esencial para el mantenimiento del Estado de Derecho en que nos encontramos (6), pero que como construcción acabada, modelada, en ningún modo existe al modo e imagen de sus pensadores (7).

Emprendo, por tanto, una tarea que si se quisiera comprensiva sería inviable para los afanes de una sola persona. Las citas bibliográficas y las referencias legales y jurisprudenciales podrían consumir perfectamente el entero trabajo investigador de una vida, tanto es lo que se ha escrito y reflexionado sobre esta teoría, y tantas manifestaciones y particularidades presenta. Mi objetivo es más modesto, aunque, pienso, no por ello inútil. Me voy a preocupar solamente de las modulaciones doctrinales y de los fenómenos legislativos y jurisprudenciales más recientes en dos países, Alemania y España. Eso servirá, en última instancia, para emitir un juicio y también algún deseo y pronóstico.

Un juicio y deseo sobre algo, en verdad, escurridizo y, además, difícilmente aprehensible en la realidad. Decía hace un momento que en ningún lugar existe la división de poderes al modo como la pensaron sus ideólogos, empezando por MONTESQUIEU (8). Nuestro Tribunal Constitucional, incluso, con el buen sentido que rezuma en la práctica totalidad de sus sentencias, ha dicho que «es lícito dudar que fuera incluso viable» (9). No, nunca existió esa división absoluta de poderes. La Adminis-

(6) Cfr. K. STERN, *Staatsrecht I*, Ed. Beck, Munich, 1977, que considera a la división de poderes como parte «esencial» de la teoría del Estado de Derecho (pág. 622).

(7) Las citas podrían ser en este lugar muy extensas. Me parece, sin embargo, representativo y suficiente mostrar cómo un autor como K. STERN inicia el tratamiento de la separación de poderes en su *Staatsrecht II*, Ed. Beck, Munich, 1980, págs. 513 y ss., con la referencia metodológica a las obras de «Teoría General del Estado» (*Allgemeine Staatslehre*), que se refieren a un «Estado ideal», y a las de «Derecho del Estado» (*Staatsrecht*), que se refieren a un Estado concreto. La suya es de estas últimas. No pretendo entrar ahora en el controvertido tema de si sería más apropiada la traducción de *Staatsrecht* por Derecho Público, Político o Constitucional. En relación a su contenido descartaría, en cualquier caso, la última mención.

(8) La obra de MONTESQUIEU a considerar es *L'Esprit des Lois*, con una primera edición de 1748. Véase la traducción española de Ed. Tecnos, Madrid, 1972, 516 págs. Hoy en día parece ser un lugar común entre los estudiosos la afirmación de que MONTESQUIEU no trató de construir una radical separación entre los poderes, sino más bien una combinación entre los mismos. La idea parte de Charles EISENMANN y se expone en «L'Esprit des Lois et la separation des pouvoirs», trabajo incluido en los *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1935, págs. 190 y ss., donde se califica de «mito» a la doctrina de la separación de poderes, mito construido no por MONTESQUIEU, sino por sus comentaristas. Con la misma idea, vid. SABINE, *Historia de la teoría política*, Madrid, 1974, pág. 412. Desde una perspectiva marxista y tratando de averiguar la funcionalidad que cumple dentro de la lucha de clases, vid. las págs. 117-129 del libro de L. ALTHUSSER, *Montesquieu: la política y la historia*, Ed. Ariel, Barcelona, 1974, donde se defiende la opinión de la posición ventajosa en que quedaría la nobleza por la aplicación práctica de la doctrina. He construido esta nota con bibliografía francesa, exclusivamente, en cuanto que luego en el texto y sobre este mismo tema se utiliza suficientemente la alemana y la española.

(9) Se trata de la STC 77/1983, de 3 de octubre («BOE» de 7 de noviembre),

tración no tardó mucho en establecer derecho por medio de reglamentos; el Legislativo administró —y administra— directamente por medio de Leyes singulares, Leyes-medida; el Judicial sustituyó —y en ocasiones sustituye— a las decisiones administrativas. Por eso es mucho más lícito y apropiado hablar, como hace STERN, de una «separación de funciones» como resultado práctico de la teórica división de poderes (10).

Con este reconocimiento de partida, debo acabar esta introducción justificando que, aparte de considerar la realidad española, se preste atención a la dogmática y la práctica legislativa, administrativa y judicial alemana. La explicación es muy sencilla: nuestro Derecho Positivo y nuestra dogmática jurídica han conocido muy diversas influencias de países extranjeros. En muchos supuestos es el Derecho Administrativo francés, y la ciencia jurídica francesa, quienes han influenciado —e influncian (11)— nuestros principios legislativos y doctrinales. Baste pensar en la construcción de nuestra Administración periférica en el siglo XIX, o en la teoría del servicio público en éste sin ir más lejos. Sin embargo, las relaciones Administración-Legislación y Administración-Jurisdicción han conocido en nuestro país influencias fundamentalmente de la dogmática alemana. El principio de reserva de Ley, la primacía de la Ley, el principio de legalidad se construyen en España con aportaciones que no pueden ser negadas, de autores alemanes, desde MAYER a JESCH pasando por VOGEL, KRUGER o SCHNEIDER (12). Y en el otro plano, las técnicas de control judicial y de la consiguiente reducción de la discrecionalidad conocen, aparte de las influencias francesas (13), de la importantísima doctrina alemana que importan intelectualmente a nuestro país GARCÍA DE ENTERRÍA o SAINZ MORENO, entre otros (14). No es, por tanto, inadecuado, antes de tratar el estado de estas cuestiones actualmente en nuestro país, referirnos a las recientes aportaciones dogmáticas y jurisprudenciales alemanas, que, además, son abundantes, interesantísimas. Mantienen permanentemente abierto uno de los temas básicos no

---

Pte. Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo. En ella se dice que «no cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera, incluso, viable».

(10) Cfr. STERN, *Staatsrecht II*, págs. 521 y ss.

(11) La doctrina del Consejo de Estado francés está presente en muchos de nuestros autores y, por tanto, de las decisiones jurisprudenciales legislativas. Para comprender el porqué de esta influencia puede leerse con provecho el trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Cuatro maestros de París, una época del Derecho Administrativo*, «REDA», 26, 1980, págs. 477 y ss.

(12) Reservo las correspondientes citas doctrinales para más adelante.

(13) El ejemplo de la técnica de la «desviación del poder» es significativo. Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, *La desviación de poder en el Derecho español*, núm. 22 de esta REVISTA, 1957, y la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA citada en la nota siguiente.

(14) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962, y, ahora también, en Ed. Civitas, Madrid, 1974. Igualmente, F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976.

sólo, por supuesto, del Derecho Administrativo, sino de la teoría del Estado, dándole a nuestra rama jurídica ese permanente estado de juventud y de frescor, de cabeza en las construcciones del Derecho Público (15), que hace gratificante y altamente sugestiva su dedicación a ella.

## II. ADMINISTRACIÓN, LEGISLACIÓN Y JURISDICCIÓN EN LA DOGMÁTICA ALEMANA RECIENTE

### A) *La opinión mayoritaria y las grandes cuestiones planteadas*

Sería sencillo resumir lo que, en grandes líneas, es el resultado de una evolución dogmática que toma como punto de partida el texto fundamental, la Ley de Bonn. STERN lo hace en las páginas 634 y siguientes de su *Staatsrecht I* de la mano de la explicación del concepto de Estado de Derecho: éste significa que el Legislador debe regular mediante Ley las intervenciones en los derechos fundamentales y los principios básicos de la organización administrativa. La Administración está sometida al Legislador de tal forma que necesita habilitaciones permanentes para actuar. No existen reglamentos independientes de la Ley y es el Legislador el que fija los objetivos y fines a alcanzar por la Administración y quien, al mismo tiempo, le proporciona el utillaje apropiado para ello. Por otra parte, los Jueces y Tribunales controlan de forma absoluta el actuar administrativo, sin que queden zonas exentas de control (16).

Esto es un resumen, nada más que un resumen, donde se sintetiza una opinión mayoritaria, un pensamiento sobre algo que, además, puede ser criticado en alguna medida por el mismo recopilador, como tendremos ocasión de ver en algún momento más adelante. No hay, por tanto, unanimidad, y dentro de esos lineamientos se producen matices y discrepancias significativas, tanto por su calidad como por su cantidad.

Así, en cuanto a la relación Administración-Legislación, se pone de manifiesto la imposibilidad lógica de construir un sistema en el que la Administración tiene una consideración constitucional propia, como po-

(15) Es ésta la ocasión adecuada para recordar, y asumir con todo lo que ello significa, el magistral prólogo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA a su libro *La Constitución...*, cit. en nota 3, e, igualmente, su trabajo *El Derecho Constitucional como Derecho*, «RDP» (UNED), 15, 1982, págs. 7 y ss.

(16) Lo que resumo en el texto son amplias páginas de razonamientos y anotaciones del minucioso, y extraordinario, libro de STERN. Esta construcción doctrinal se apoya decisivamente en el artículo 20-3 GG: «El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al derecho»; en el 19-4: «Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los Tribunales ordinarios», y en el artículo 80-1: «El Gobierno Federal, un ministro federal o los Gobiernos de los Estados, podrán ser autorizados mediante ley a dictar decretos, debiendo determinarse en la ley el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. En tales decretos se invocará su fundamento jurídico. Cuando la ley prevea que una autorización podrá ser delegada, la misma se dictará por decreto.»

der auténtico. La Administración tiene su propia legitimación democrática, en cuanto que sus dirigentes provienen de elecciones directas —caso de las Administraciones Autónomas municipales— o indirectas por medio de la revalidación del Parlamento (17).

A todo ello coopera que se ha perdido el valor moral que se atribuía antaño al concepto de «Ley general». Esa unión entre Derecho y moralidad estaba muy clara en la Edad Media (idea del «viejo y buen Derecho»), pero ya no llega así a los tiempos constitucionales (18). Eso quiere decir que la Ley no goza, respecto a la decisión administrativa, de un amparo moral superior y que, incluso, esta última puede estar legitimada de distintas formas: por la Ley, por supuesto, pero también, en los municipios, por las elecciones democráticas, en las decisiones resultantes de la planificación por la colaboración de los afectados y, en el sistema escolar, por la coparticipación de los padres (19).

Esta valoración de la Administración se advierte más nítidamente que en nadie en la obra de H. PETERS (20). En este discurso rectoral, la Administración aparece como un poder autónomo e independiente, habiendo casi una necesidad existencial de asegurar esa independencia frente a Jueces, Legislador, partidos políticos y hasta colectivos de ciudadanos (21).

Para un sector doctrinal significativo habría que sentar una conclusión clara: hoy día no se puede hablar de subordinación absoluta de la Administración a la Ley, sino que, por el contrario, la Administración se encuentra dirigida por la Ley (22) en diversos grados e intensidades, según los ámbitos concretos. Esta conclusión manifiesta perfectamente el tremendo cambio de concepciones producido: de Administración sub-

(17) Cfr. W. SCHMIDT, *Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung*, «VVDStRL», 33, 1975, *in totum*.

(18) Cfr. K. VOGEL, *Gesetzgeber und Verwaltung*, «VVDStRL», 24, 1966, pág. 145.

(19) Cfr. G. ROELLECKE, *Die Verwaltungsggerichtsbarkeit im Grenzbereich zur Gesetzgebung*, «Neue Juristische Wochenschrift» (NJW), 36, 1978, pág. 1781.

(20) Cfr. H. PETERS, *Die Verwaltung als eigenständige Gewalt*, Im Scherpe Verlag, Krefeld, 1965. Este autor fundamenta así, de forma general, su teoría: el principio de la división de poderes del artículo 20-2 GG implica que tienen que existir como órganos propios —independientes (*eigen*)— la Legislación, la Jurisprudencia y la Administración. Aunque la Administración esté vinculada —como la Jurisprudencia— a la Ley y al Derecho, la Legislación y la Administración o la Jurisprudencia son equivalentes (*gleichwertig*). Desde la recepción de la teoría de MONTESQUEU en los diferentes Estados del mundo, existe un equilibrio (*Ausbalancierung*) de las fuerzas políticas precisamente por el hecho de que los tres clásicos poderes del Estado vivan independientemente entre ellos... Como la GG ha aceptado esta teoría, serían anticonstitucionales las tendencias que amenazan la independencia de la Administración (págs. 12 y 13). Sobre la tesis de la independencia de la Administración, cfr. H. WAGNER, *Die Vorstellung der Eigenstaendigkeit in der Rechtswissenschaft*, Ed. Duncker und Humblot, Berlín, 1967, 104 págs., especialmente págs. 51 y ss., bastante crítico de la obra de PETERS.

(21) Cfr. PETERS, *Die Verwaltung...*, pág. 14.

(22) La expresión de «Administración dirigida» es de OSSENBÜHL, *Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung*, «Deutsches Verwaltungsblatt» (DVBl), 1974, pág. 309. Igual, E. SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsggerichtsbarkeit*, «VVDStRL», 34, 1976, pág. 231.

ordinada a la Ley, a Administración meramente «dirigida» por la Ley. Este cambio de concepción implica una necesaria consecuencia: la Ley debe asegurar un determinado ámbito propio de actuación a la Administración en el que el Legislador debe abstenerse de entrar para, así, posibilitar que la Administración pueda cumplir con sus fines. Lo más que puede hacer el Legislador es delimitar ese ámbito de actuación. En palabras de HERZOG, si antes podía plantearse legítimamente la pregunta de

«¿Hasta dónde tiene (*muss*) el Legislador que regular para que la Administración pueda actuar?» (*Wie weit muss der Gesetzgeber regelgen, damit die Verwaltung handeln kann?*),

hoy la cuestión es, sin embargo,

«¿Hasta dónde le está permitido (*darf*) al legislador regular?» (*Wie weit darf der Gesetzgeber regeln?*) (23).

El cambio de la expresión es, como se comprenderá, tan fundamental como el espíritu que anima este desarrollo doctrinal. Pero aún es completado desde otra perspectiva. Para un autor de tanto prestigio como STERN, la pregunta también podría decir hoy:

«¿Hasta dónde tiene (*muss*) el Legislador razonablemente que regular?» (*Wie weit muss der Gesetzgeber sinnvollerweise regeln?*) (24).

Es decir, la obligación del Legislador ya no está en función de habilitar a la Administración para actuar en cada caso concreto, sino que la habilitación debe ser concebida de una forma «razonable», como una obligación del Legislador para posibilitar la actuación de la Administración y nunca para costreñirla.

En otro plano, en la relación Administración-Tribunales, y en oposición a la teoría ya clásica sobre el control absoluto que podría representar JESCH (25), se alzan voces críticas que señalan presuntos excesos llevados a cabo por el Poder Judicial. Así, se habla del «deslizamiento» (*Abgleitung*) del Estado de Derecho hacia un «Estado de vías o medios judiciales» (*Rechtsweg-Rechtsmittelstaat*) (26), o del «desenfreno» (*En-*

(23) Estas palabras de R. HERZOG, en *Gesetzgeber und Verwaltung*, «VVDStRL», 24, 1966, pág. 188.

(24) Cfr. STERN, *Staatsrecht II*, pág. 757.

(25) Vid., en general, D. JESCH, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Ed. IEA, Madrid, 1978.

(26) Cfr. E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, págs. 213 y ss. En sentido semejante, hablando de que la República Federal se ha convertido en un *Rechtswegstaat*, Estado de recursos, de vías judiciales, cfr. JÄHRREISS, *Mensch und Staat*, 1957, pág. 7.

*tfesellung*) del tercer poder (27). Esta situación puede tener causas objetivas, como el amplio número de demandas ante los Tribunales porque impiden un examen pormenorizado, o la misma ambigua y deficiente redacción de las Leyes (28), pero, en general, hay una corriente crítica que llama la atención sobre la juridificación de la política o la politización de la justicia (29). PETERS, en un plano meramente técnico, señala cómo se ha venido produciendo un continuo cambio de conceptos discrecionales a conceptos jurídicos indeterminados; ese camino, en opinión del autor, debería ser interrumpido para asegurar la independencia —que es su presupuesto lógico— de la Administración. En otro sentido se estaría construyendo un Derecho Administrativo absolutamente antiguo, periclitado (30). El resultado final sería, en las palabras de FORSTHOFF, que, de los tres poderes clásicos, la Administración, en virtud de las estrechas vinculaciones del Legislativo y del control obsesivo del Judicial, es quien ha llegado a ser más débil, a entrar en decadencia (31).

Pues bien, las páginas hasta ahora transcurridas permiten una primera e importante enseñanza: frente a la apariencia de encontrarnos ante un tema clásico de la dogmática, la realidad enseña que, en absoluto, lo clásico puede considerarse petrificado. Son cuestiones importantes las planteadas y, además, al máximo de los niveles posibles de la discusión científica. Quien conozca o siga, aunque sólo sea ligeramente, las pautas de comportamiento del debate jurídico en Alemania sabrá que periódicamente se plantean en las reuniones de la Asociación de Profesores de Derecho Público aquellos de los temas que se juzgan más relevantes para el momento alemán. Pues bien, una vez en cada una de las tres últimas décadas —como en una cadencia simbólica— han surgido cuestiones como las que aquí nos ocupan en las reuniones de esta Asociación y, consiguientemente, se han visto luego publicadas en las Actas. Por cierto que algunas citas he realizado ya a estos volúmenes. La primera vez que el tema aparece es en 1965, en los informes de VOGEL y HERZOG (*Gesetzgeber und Verwaltung*). En 1975 se repite, con los informes de SCHOLZ y SCHMIDT-ASSMAN, bajo el título *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*. La tercera ocasión es en 1984, y ahora los autores son MAURER y SCHNAPP y el título *Der Verwaltungsvorbehalt*. En todos ellos, el problema de fondo, el objeto de preocupa-

(27) La expresión es de P. VAN HUSEN, *Die Entfesselung der Dritten Gewalt*, «AoR», 78, 1952, págs. 49 y ss.

(28) Cfr. W. BROHM, *Die staatliche Verwaltung ab eigenstaendige Gewalt und die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, «DVBl», 7, 1986, págs. 323 y ss., especialmente. Del mismo autor, vid. *Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit als Steuerungsmechanismen in einem polyzentischen System der Rechtserzeugung*, «DoeV», 7, 1987, págs. 265 y ss.

(29) Cfr. H. J. PAPIER, *Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat*, De Gruyter, Berlín, 1979, pág. 8, quien llama la atención, incluso, de cómo en los años sesenta y setenta se pretendió hacer del juez un titular de la oposición extraparlamentaria.

(30) Cfr. H. PETERS, *Die Verwaltung...*, pág. 32.

(31) Cfr. E. FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht*, 10.<sup>a</sup> ed., 1973, págs. 79 y ss.



ción es el mismo: la posición constitucional de la Administración y sus límites de actuación, sus relaciones con los otros dos poderes del Estado.

Importancia del tema, por tanto, y altura de su tratamiento científico. Es la hora ya de comenzar con análisis más pormenorizados sobre estas dos relaciones (Administración-Legislación, Administración-Jurisdicción) y su tratamiento dogmático y, también, jurisprudencial reciente.

### B) *El principio de reserva de Ley y su desarrollo dogmático*

Puede hablarse perfectamente de las transformaciones sufridas por el principio de reserva de Ley en la evolución dogmática y jurídica alemana. JESCH ha descrito magistralmente cómo la exigencia tradicional de que toda intervención en la libertad y en la propiedad fuera precedida de la correspondiente autorización legal tendría una base doctrinal clara en el trabajo de JELLINEK (32), con algún antecedente en LABAND (33). Para JELLINEK, la reserva legal en los actos de intervención en la libertad y en la propiedad tendría tres raíces ideológicas: en primer lugar, la doctrina iusnaturalista de los derechos del hombre; en segundo lugar, la teoría de la división de poderes, y, por fin, el principio de la soberanía popular. Sólo de la combinación de los tres saldría la configuración teórica en sentido tradicional del principio de reserva de Ley (34).

Esta forma de ver las cosas llegó a la Constitución de Weimar, y también a sus intérpretes doctrinales. Constitución y comentaristas comprenden de una forma amplísima a los conceptos de libertad y propiedad, y ello llega —con el intermedio histórico comprensible— hasta los mismos cimientos de la Ley Fundamental de Bonn, que, según JESCH, culmina esta línea evolutiva (35).

Pues bien, y como decía, en el sistema de la Ley de Bonn existe una importante corriente dogmática, mayoritaria, por otra parte, que defiende la necesidad de apoderamientos legales permanentes para cualquier intervención en los derechos fundamentales o, por directa aplicación de la Constitución, en todos los temas en que la Constitución encarga a la Ley la realización de un valor o la organización de una institución u órgano. En este sentido, y aparte de la obra ya citada de JESCH, podría-

(32) La obra de JELLINEK es *Die Erklarung der Menschen- und Bürgerrechte*, 2.<sup>o</sup> ed., Leipzig, 1904.

(33) Según JESCH, LABAND impone esta reserva para actos singulares y la infiere del Estado de Derecho, pero, para el autor que sigo, se trata de una definición de un concepto por otro que incluso desemboca en la identificación de la idea del Estado de Derecho con el principio de legalidad. Cfr. *Ley y Administración*, pág. 212.

(34) Y continúa JESCH: «Pues esta reserva supone, por una parte, el reconocimiento de un ámbito individual delimitado por los conceptos de libertad y propiedad y protegido frente al poder del Estado y, por otra parte, exige la diferenciación del poder legislativo y el poder ejecutivo. En tercer lugar precisa de la componente democrática, para poder fundamentar la participación de los representantes del pueblo en la legislación relativa a este ámbito, si no la exclusiva facultad del Parlamento al respecto.» Cfr. *Ley y Administración*, pág. 150.

(35) Sobre la época de Weimar, vid. JESCH, *Ley y Administración*, pág. 171.

mos remitirnos a VOGEL (36), KRUGER (37), SCHNEIDER (38) y otros. En este sentido, incluso, la amplia intervención reconocida al Parlamento se hace para SCHEUNER necesaria en función del principio de igualdad constitucional y de la estructura federal del Estado. Veamos sus interesantes palabras:

«Esta irrupción del Parlamento en la esfera del Gobierno creador, e incluso de la Administración, se ha hecho casi necesaria en el Estado de Derecho como consecuencia del principio de igualdad —sólo la Ley garantiza una igualdad suprarregional— y se ha impuesto en el Derecho constitucional por efecto de la relegación a un segundo término de la potestad reglamentaria y del vaciamiento del concepto de proposición jurídica» (39).

Pero no son solamente interpretaciones doctrinales las que avalan el amplio concepto de reserva de Ley y, por tanto, la supremacía del Parlamento y su libertad de intervención. En alguna jurisprudencia constitucional, y de mucha trascendencia, se llega a afirmar, con fundamento en el principio de la legitimación democrática presente en el Parlamento, que todas las decisiones «esenciales» para la vida de la Comunidad deben ser adoptadas por el Parlamento. Estaríamos, así, ante la formulación de la teoría de la esencialidad (*Wesentlichkeitstheorie*) que presupone ya no sólo un concepto de reserva de Ley (*Gesetzesvorbehalt*), sino de reserva de Parlamento (*Parlamentsvorbehalt*), en cuanto que en estas cuestiones esenciales no existiría posibilidad de la más mínima delegación legislativa.

Esta teoría de la esencialidad tendría su formulación intelectual en OPPERMANN (40) y su apoyo en las siguientes decisiones del *Bundesverfassungsgerichts* (en adelante, BVerfG):

BVerfGE (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*) 33, 303:

«Las decisiones esenciales sobre las condiciones para las limitaciones de admisión [en las Universidades] las tiene que adoptar el mismo Legislador. Las Universidades pueden ser autorizadas dentro de determinados límites para la regulación de otras particularidades.»

(36) Cfr. VOGEL, *Gesetzgeber und Verwaltung*, op. cit., págs. 298 y ss.

(37) Cfr. H. KRUGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart, 1964, págs. 298 y ss.

(38) Cfr. H. SCHNEIDER, «Über Einzelfallgesetze», en el *Festschrift für Carl Schmitt*, Berlin, 1959, págs. 159 y ss.

(39) Cfr. U. SCHEUNER, *Das parlamentarische Regierungssystem in der Bundesrepublik*, «Die Öffentliche Verwaltung» (DöV), 1957, pág. 635.

(40) Cfr. T. OPPERMANN, *Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?*, en *Gutachten zum 51 Deutschen Juristentag*, Ed. Beck, Munich, 1976, 108 págs., especialmente en las págs. 48 y ss.

BVerfGE 34, 165:

«Las características esenciales de un grado introducido en la escuela obligatoria tienen que ser adoptadas mediante Ley.»

BVerfGE 47, 194:

«El principio del Estado de Derecho y el principio democrático de la GG obligaban al Legislador a adoptar él mismo las decisiones esenciales del sistema a las que pertenece el establecimiento de los fines de la instrucción y de la educación y no a transmitirlos a la Administración escolar» (41).

No sólo, entonces, las intervenciones en la libertad y en la propiedad o, en general, en los derechos fundamentales precisarian del ropaje legal, sino, más ampliamente, todo lo que se consideraran decisiones esenciales para la comunidad (42).

Pero el movimiento pendular que lleva, a veces, la historia de las instituciones jurídicas hace que sólo dos años después de la formulación de la teoría de OPPERMANN —que es de 1976 y se apoya en jurisprudencia de los años setenta— se produzca una importante decisión jurisprudencial constitucional sobre la que la doctrina va a incidir inmediatamente para poner en cuestión la evolución expansiva del principio de reserva de Ley. El punto fundamental, como digo, es una decisión del BVerfG (BVerfGE 49, 89 y ss.) de 8 de agosto de 1978, en la que se va a abandonar la teoría de la esencialidad y se realza en grado sumo la posición constitucional de la Administración.

El supuesto, de hecho, está constituido por el recurso que un particular hace contra la autorización de funcionamiento de un reactor nuclear de un determinado tipo. El Tribunal Administrativo de Renania del Norte-Westfalia plantea al BVerfG, antes de dictar sentencia, si esa autorización administrativa, dictada en base a lo dispuesto en una Ley (43),

---

(41) Como se notará, la mayor parte de las sentencias vistas hacen referencia al derecho escolar, donde se han planteado cuestiones muy importantes desde el punto de vista de la reserva de Ley. En la bibliografía más reciente y sobre este tema, vid. *Schule im Rechtsstaat*, I, Ed. Beck, Munich, 1981. Se trata de un informe de una comisión de juristas para la redacción de una Ley escolar para los *Länder*. Más reciente, B. O. BRYDE, *Neue Entwicklungen im Schulrecht*, «DöV», 16, 1982, págs. 661 y ss.

(42) Sobre la teoría de la esencialidad es también muy interesante la exposición de ROELLECKE, *Die Verwaltungserichtbarkeit...*, pág. 1777. Sobre el concepto de *Parlamentsvorbehalt* puede verse, también, la nota de HAEBERLE a la sentencia del BVerfG de 9 de mayo de 1972 en «DVBl», 1972, pág. 912. Igualmente me remito a STERN, *Staatsrecht II*, págs. 571 y ss., y al magnífico resumen de la situación de C. E. HAEBERLE, *Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt*, «DöV», 12, 1984, páginas 485 y ss.

(43) Se trata de la *Atomgesetz* de 1977. Sobre el tema de la energía atómica, en

es compatible con la GG. El Tribunal Administrativo se basa para su pregunta en que esa autorización, por su importancia para la sociedad —recuérdese la teoría de la esencialidad—, debería haber sido impartida por el Parlamento.

El BVerfG se niega a esa interpretación con una línea argumental que por su importancia debe ser estudiada detenidamente:

— El BVerfG dirá, así, que es una interpretación falsa del principio de la democracia el conceder una amplísima reserva de intervención al Parlamento. Del hecho de que los miembros del Parlamento sean elegidos de forma directa por el pueblo no se sigue que a otros poderes del Estado les falte legitimación para actuar. También el Ejecutivo está concebido por la Constitución como una institución constitucional, y los miembros del Gobierno, incluso, tienen una elección indirecta.

— La decisión básica normativa, en pro o en contra, de la utilización jurídica del uso pacífico de la energía atómica en la República Federal Alemana está reservada a la Ley a causa de sus amplios efectos sobre el ciudadano, singularmente en lo que afecta a su ámbito de libertad e igualdad, a sus condiciones de vida y por todo lo que a estas premisas está unido.

— Por fin, si la Ley ha encargado al Gobierno que autorice las instalaciones concretas, no puede deducirse de la Ley Fundamental nada en contra de ello. Los Jueces, a su vez, no podrían ponerse en lugar de la autoridad administrativa sustituyendo sus propias valoraciones con las suyas.

Varios elementos notables hay en esta decisión que deben ahora ser resaltados: el primero, y básico, de todos ellos es encontrar la base democrática también en la Administración. Esto sirve al Tribunal para predicar de la Administración la posibilidad de realización de propios fines con toda legitimidad. La unión intelectual de esta postura con la posición de PETERS, por ejemplo, es muy clara (véase nota 20), y la doctrina reciente continúa insistiendo y profundizando en ella (44).

El segundo elemento a considerar es el del abandono de la teoría de la esencialidad. Se trataba, bien es verdad, de una noción necesitada siempre de interpretación y sujeta, por tanto, a veleidades subjetivas. Ahora el BVerfG prefiere referirse solamente al marco normativo del uso de la energía atómica. Este sí que debe ser adoptado por el Legislador por su afeción a las condiciones de vida de los ciudadanos y de sus derechos fundamentales. Por ello, si la misma Ley entrega las decisiones de autorización a la Administración —que también tiene legitimación democrática—, los Tribunales no tienen nada que oponer a ello, aun cuando pueda decirse que en el caso concreto esa decisión afecta sobremanera

---

general, vid. C. DEGENHARDT, *Kernenergierecht*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1981, 209 págs., y para las posibilidades de recurso de los afectados, en particular las págs. 77 y ss.

(44) Cfr. W. BROHM, *Die Verwaltung...*, pág. 329.

a las relaciones de vida y es, en sí misma, potencialmente desconocedora de los derechos fundamentales de los afectados (45).

C) *Un concepto a examinar: la reserva de Administración*

La decisión del BVerfG no dice nada más. No permite plantear si, en realidad, la justificación que hace de la legitimidad de la actuación de la Administración está fundamentada en una creencia de que decisiones como éstas las debe tomar la Administración y sólo ella. Lo que sí es cierto es que esta resolución del BVerfG es ocasión para que la doctrina razone sobre el problema de fondo que allí se debate y que la jurisprudencia anterior sobre la esencialidad no había calmado, sino lo contrario, avivado por las insatisfacciones que creaba (46).

La discusión doctrinal que se va a iniciar profundizará precisamente sobre la posible existencia de un reducto constitucional reservado a la acción de la Administración. Los defensores de tal actitud se van a fijar precisamente en ciertos preceptos de la GG, donde claramente una serie de cuestiones quedan reservadas a órganos ajenos al Parlamento. Incluso el mismo BVerfG, en la decisión anterior y para fundamentar su postura, había citado los artículos 65-1 (47), 68 (48) y 81 (49), siguiendo, por otra parte, algunas aventuras doctrinales anteriores (50).

El planteamiento doctrinal más serio sobre la posibilidad de configuración de una reserva de Administración tiene lugar cuando en el año 1984 se reúne la Asociación de Profesores de Derecho Público para tratar monográficamente el tema de la reserva de Administración, la *Verwaltungsvorbehalt*, con informes de H. MAURER y E. SCHNAPP (51) que ge-

---

(45) Para acabar de comprender la trascendencia de esta decisión hay que referirse, obligatoriamente, al medio ambiente social y político en que se desarrolla a finales de los años setenta, y todavía hoy en día, la polémica sobre la instalación de centrales nucleares en la República Federal Alemana. Puede comprenderse, así, que se plantee formalmente por un Tribunal Administrativo al BVerfG la cuestión de si la afección a los derechos fundamentales de una decisión tan esencial no haría necesario, siguiendo la jurisprudencia del mismo BVerfG, que fuera el mismo Parlamento quien adoptara la decisión.

(46) Uno de los primeros comentadores de esta decisión del BVerfG, H. U. ERICHSEN, *Zum Verhältnis von Gesetzgebung und Verwaltung nach dem Grundgesetz*, «VerwaltungsArchiv», 1979, págs. 249 y ss., señala el tremendo cambio producido por el BVerfG (pág. 250) y las insatisfacciones de la jurisprudencia anterior, que llevaban a una completa dependencia de la Administración respecto al Legislativo (página 250, también).

(47) Encarga este artículo al Canciller federal la determinación de la política.

(48) Se refiere al libre planteamiento de la cuestión de confianza.

(49) Entrega este precepto al Gobierno la iniciativa para la declaración del Estado de necesidad.

(50) Ya HERZOG en el año 1966 se había referido al artículo 65 GG como muestra de la existencia de ámbitos ajenos a la competencia del Parlamento. Cfr. *Gesetzgeber und Verwaltung*, op. cit., pág. 189.

(51) Los informes, con el título de *Der Verwaltungsvorbehalt*, se publican en «VVDStRL», 43, 1985. Los resúmenes de los informantes, en «DöV», 22, 1984.

neran, además, como ya es habitual en estas reuniones, otra bibliografía y gran influencia doctrinal posterior (52). No se trata, por supuesto, de la primera vez que el concepto y contenido de esta reserva de administración afloran en la doctrina (53), pero sí, desde luego, la reflexión más seria y, por su contemporaneidad, también la más interesante a nuestros efectos. Dada la importancia, parece conveniente resumir con algún grado de pormenorización las posiciones de estos autores.

Para MAURER, el concepto de reserva de Administración no es un concepto jurídicamente reconocido. Si hoy en día vuelve a hablarse de él es precisamente por la expansión incontrolada de la reserva de Ley y el consiguiente flujo de Leyes que encierran y coartan el actuar de la Administración.

Esa falta de contornos jurídicos reconocidos del concepto se traduce fatalmente en la imposibilidad de deducirlo de principios constitucionales generales. Únicamente la reserva a la Administración de la competencia de ejecución de las Leyes podría tener base constitucional. Lo cierto es que el artículo 20-2 GG (54) garantiza un ámbito esencial, inatacable, a cada poder. El ámbito esencial del Ejecutivo podría ser esta reserva de Administración, pero ello supondría partir de un concepto previo de división de poderes y tratar de encajarlo en la GG. Lo que debe hacerse es precisamente lo contrario. La Ley Fundamental de Bonn, aunque esté unida intelectualmente a los textos constitucionales que parten de la división de poderes, desarrolla su propio modelo, que es el que hay que descubrir. Desde ese punto de vista, según MAURER, no puede haber en la GG un ámbito reservado al Gobierno, porque todas sus medidas se toman en una estrecha relación Gobierno-Legislator.

Sentado esto, pasa a examinar analíticamente las relaciones Administración-Legislator en torno a los siguientes conceptos:

— La *preparación de Leyes*, que está asegurada constitucionalmente al Gobierno, pero que no sirve para asegurar propiamente ningún ámbito

(52) Vid., por ejemplo, el magnífico estudio de R. STETTNER, *Der Verwaltungsvorbehalt*, «DöV», 15, 1984, págs. 611 y ss.

(53) Con algunas dudas doctrinales, parece que las más antiguas utilizaciones de este concepto podrían estar en L. VON STEIN, al menos según U. SCHEUNER. Para N. ACHTERBERG, sin embargo, no sería hasta KAUFMANN y LABAND donde se encontrarían los orígenes del concepto. En cualquier caso, son menciones raras que no se prodigan tampoco posteriormente, en los tiempos de vigencia de la Constitución de Weimar. Tampoco hay grandes cambios en los primeros tiempos de la GG. Sólo PETERS y FORSTHOFF siguen con la idea de autonomía y reserva de Administración. Otra doctrina se preocupa del control judicial de la actividad discrecional de la Administración, mientras que, en general, JESCH y RUPP, a finales de los años cincuenta y principios de los sesenta, capitanean el grupo mayoritario de los representantes de la total reserva de Ley. Sólo en la reunión de 1965 de la VDStRL (con los informes de VOGEL y HERZOG ya citados repetidamente) recibe nuevos impulsos el concepto. Puede seguirse con más provecho lo aquí resumido en las págs. 611 y ss. del trabajo de STETTNER citado en la nota anterior.

(54) El precepto dice que «todo poder público emana del pueblo. Ese poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos particulares de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial».

de reserva porque la iniciativa legislativa no es exclusiva del Gobierno.

— La *Administración liberada de la Ley (gesetzesfreie Verwaltung)*, que forma un amplio campo para la actividad administrativa, pero que no representa ninguna reserva, en cuanto que el Legislador puede asumir para sí todos los ámbitos de actuación. Indica entonces que la *potencial* reserva de Administración no se dirigiría contra la amplitud de las regulaciones del Legislador, sino contra su *intensidad*.

— Sin embargo, la *ejecución de las Leyes* si que está reservada a la Administración. Ella es en sí una función autónoma, en cuanto que realiza, aplica las Leyes y sirve, al mismo tiempo, para la concreción jurídica.

Aquí es donde se encuentra la mayor aportación de MAURER: la distinción entre legislación y ejecución estaría asegurada jurídicamente. Por eso, la realidad de la competencia de ejecución de la Administración exige Leyes capaces de ser ejecutadas y, por ello, abstractas y generales. La consecuencia es que esta potestad es incompatible con las Leyes singulares y con las regulaciones legales demasiado estrechas.

En el ámbito de la organización interna de la Administración no habría ninguna reserva, aunque sí para el Gobierno, para su organización interna (55).

En resumen, el concepto de reserva de Administración para MAURER es artificioso en cuanto falto de ataduras jurídicas, y también no necesario como tal. Sólo la potestad de ejecución de las Leyes podría caer dentro de él, y también las potestades internas de organización del Gobierno (56).

El informe de SCHNAPP es bastante semejante. Lo más interesante de él es la atención especial que se presta a negar las bases constitucionales de una reserva total de Ley: no habría ningún principio del que se pudiera derivar la dependencia exclusiva y universal del Ejecutivo respecto al Parlamento. El Ejecutivo también está institucional y funcionalmente legitimado democráticamente. En estos planos su legitimación democrática es del mismo grado que la del Parlamento.

Las declaraciones de competencia constitucionales tienen para todos los órganos y grupos de órganos un carácter constitutivo y no únicamente limitativo o declaratorio. Estas declaraciones de competencia poseen un componente negativo y otro positivo: al mandato de cumplimiento de la competencia corresponde una prohibición de que otro se inmiscuya en esa competencia.

Por eso, un derecho de inmisión del Parlamento, en el sentido de que el Parlamento pudiera reclamar ámbitos de competencia del Ejecutivo, tendría que negarse porque, de otra forma, le correspondería al Parla-

(55) Sobre esta postura puede seguirse con provecho a E. W. BOCKENFORDE, *Die Organisationgewalt im Bereich der Regierung*, Ed. Duncker und Humblot, Berlín, 1964, 348 págs., con postura semejante a la del texto.

(56) En el texto he seguido, fundamentalmente, el resumen del propio MAURER, que puede verse en «DöV», 22, 1984, págs. 931-932.

mento una competencia de la competencia. En ese sentido, la GG y las Constituciones de los *Länder* reservan un ámbito a la Administración en las competencias de organización. Igualmente le reservan la ejecución de las Leyes y, por último, en las medidas de dirección del personal hay un peso predominante del Ejecutivo (57).

En suma, lo que está muy claro en la última gran discusión doctrinal sobre la relación Administración-Legislación es el paso progresivo que se va dando para cerrar un concepto expansivo e ilimitado de reserva de Ley. Por otra parte, la afirmación de la legitimidad constitucional de la Administración para adoptar determinadas decisiones —cuestión más clara en la Administración local (58)— y la negación, eso sí, a la construcción basada en la Constitución de un concepto de reserva de Administración de anchos perfiles, que a lo más podría limitarse a la ejecución de las Leyes y a ciertas potestades de organización. La vieja y repetida frase de BULLINGER acerca de la anticonstitucionalidad de «una degradación de la Administración a mera cumplidora de órdenes del Parlamento», porque ello representaría una intervención en el ámbito esencial del Ejecutivo (59), leída en sus estrictos términos, sigue siendo cuestionable, pero no en cuanto al espíritu que encierra. Al menos, según lo que interpreto, va siendo opinión mayoritaria en la dogmática alemana.

#### D) *La relación Administración-Jurisdicción*

El camino, que parecía consolidado, de la progresiva importancia de la Jurisdicción en el control absoluto de la Administración es puesto en crisis en el final de la década de los setenta y en lo que se lleva transcurrido de la actual. La causa está en la respuesta concreta de los Tribunales a casos muy complicados que se les someten: decisiones sobre instalación de industrias, construcciones de grandes carreteras, ampliación de aeropuertos, medidas económicas básicas, distribución de la capacidad de las Universidades... (60). Los Jueces van a tener la tentación, y en ocasiones caer en ella, de anular decisiones de la Administración

(57) El resumen de SCHNAPP, en «DöV», 22, 1984, págs. 931-932.

(58) Por el derecho de autonomía, *Selbstverwaltung*, que recoge el artículo 28-2 de la GG. Lo he estudiado detenidamente en mi trabajo *Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal*, «REDA», 30, 1981, con abundantes referencias de bibliografía y jurisprudencia alemanas.

(59) Cfr. M. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Kohlhammer, Stuttgart, 1962, pág. 95.

(60) Cfr. E. SCHMIDT-ASSMAN, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgewichtsbarkeit*, «VVDStRL», 34, 1976, pág. 223.

(61) Véase el significativo título del libro de R. LAMPRECHT y W. MALANOWSKI, *Richter machen Politik. Auftrag und Anspruch des Bundesverfassungsgerichts*, Fischer Taschenburg Verlag, Frankfurt am Main, 1979, 287 págs. Los jueces hacen política, en efecto, libro donde se pasa revista a jurisprudencia sobre la huelga, las sentencias sobre el *numerus clausus* y la organización de la Universidad, los radicales, la libertad de expresión, etc.



y, además, sustituir con sus sentencias, basadas en propias fuentes de información, decisiones administrativas (61). Un caso muy concreto y representativo de todo ello es el de la central nuclear *Wyl*. Frente a los datos aportados por la Administración sobre las necesidades de energía —las necesidades de energía pueden hacer que, según el Derecho vigente, se conceda una autorización inmediatamente ejecutiva (62)—, el Tribunal Administrativo de Freiburg recurrirá a dictámenes de expertos privados que indican que no hay tales necesidades de energía, y revocará la decisión administrativa (63). Es un caso significativo, como decía, de una decisión política, configuradora, trascendental, que es adoptada por el Juez con su propia responsabilidad y que será causa, consiguiente, de fuertes críticas y expresión de deseos sobre la limitación de los Jueces (64).

Alguna doctrina trata de demostrar la inadecuación de las viejas técnicas de reducción de la discrecionalidad o de control de la misma, para las complicadas decisiones administrativas fundadas en la prognosis, en las que fundamentalmente se trata de averiguar el grado de certeza alcanzado al establecer el pronóstico (65). El tema de la fidelidad a la Constitución de los funcionarios sería uno de ellos (66) y otro el vinculado con las instalaciones nucleares (67).

Una reflexión interesante sobre el control judicial de la actividad administrativa es la que realiza OSSENBUHL en 1974 (68), en un artículo de notable influencia posterior. Su postura, parte de configurar el «margen de apreciación», *Beurteilungsermaechtigung*, como una cifra jurídica para la medida y el alcance del control judicial en el ámbito de la Administración ejecutora de la Ley o dirigida por la Ley. Indica, con referencias a BACHOF (69), que se ha entendido el proceso del margen de apreciación como la subsunción de un supuesto de hecho en la Ley. Esta forma de ver las cosas tiene unas limitaciones claras, entre ellas la mis-

(62) Vid. la legislación y la bibliografía citada en la nota 43. Igualmente pueden tenerse aquí en cuenta los trabajos de B. BENDER, *Der Verwaltungsrichter im Spannungsfeld zwischen Rechtsschutzauftrag und technischem Fortschritt*, «NJW», 39, 1978, págs. 1945 y ss., y F. OSSENBUHL, *Die gerichtliche Überprüfung der Beurteilung technischer und wirtschaftlicher Fragen in Genehmigungen des Baus von Kraftwerken*, «DVBl», 1978, págs. 1 y ss.

(63) Vid. dicha sentencia en «DVBl», 1975, págs. 343 y ss.

(64) Para PAPIER, sentencias como ésta significan que la Jurisdicción se está convirtiendo en un legislador apócrifo. A *sensu contrario*, estas sentencias sirven para afirmar el legítimo derecho de directiva y medida del Gobierno. Cfr. PAPIER, *Die Stellung...*, pág. 41.

(65) Cfr. P. J. TETTINGER, *Überlegungen zu einem administrativen «Prognosespielraum»*, «DVBl», 9, 1982, págs. 421 y ss.

(66) Al margen de las reflexiones del propio TETTINGER, *op. cit.*, págs. 431 y ss., me remito a A. EMBID IRUJO, *La fidelidad de los funcionarios a la Constitución (Un estudio de los Derechos alemán y español)*, Ed. INAP, Madrid, 1987; para el control judicial, págs. 107 y ss.

(67) Cfr. TETTINGER, *op. cit.*, págs. 430 y ss.

(68) Cfr. F. OSSENBUHL, *Von unbestimmten Gesetzesbegriff zur letzverbindlichen Verwaltungsentscheidung*, «DVBl», 1974, págs. 309 y ss.

(69) La referencia es a la obra de BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, JZ, 1955, págs. 97 y ss.

ma ampliación de poderes interpretativos de los conceptos jurídicos indeterminados a la Administración. El autor que sigo se preocupa por el hecho de que algunos autores concedan a la Administración una capacidad de interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados en la que la jurisdicción no podría entrar (70). Para él, seguir esa teoría llevaría a la inseguridad jurídica, porque implicaría conceder tal capacidad a cada autoridad.

Pero esta misma inseguridad marca los límites de la teoría tradicional de los conceptos jurídicos indeterminados. Aquí radicará el núcleo central de la aportación. Para OSSENBUHL, la cuestión capital es *Quis iudicabit?*, ¿Quién decide? Por eso rechaza la teoría de la mera aplicación de la Ley tal y como se venía aplicando. En realidad, indica, estaríamos ante un problema de legitimación para ser el último en conocer en el caso particular (71). Como es lo normal, las Leyes no están, por lo general, redactadas con el mecanismo del *Wenn-dann*, sino que siempre contienen un encargo a la Administración de actuar de acuerdo con una directiva del legislador. Por ello, la teoría de la aplicación no sirve, es anticuada. Tampoco hoy en día tienen nada que ver conceptos como núcleo o halo del concepto, *Begriffshof* o *Begriffskern* (72). El grado de indeterminación de un concepto ya no tiene relevancia y otras expresiones pasan a primer término, como la de responsabilidad de la Administración, especialización, composición de las instancias decisorias de la Administración, independencia (73). La anterior concepción, según la cual los límites del margen de apreciación comenzaban allí donde se había alcanzado el límite de la justiciabilidad, ya no tiene nada que ver.

Por eso, la gran aportación de OSSENBUHL es que hay que pasar del concepto a la decisión, *Von Begriff zur Entscheidung*. Que hay que integrar el margen de apreciación dentro de la teoría de la división de poderes: la última decisión vinculante no está, por principio, entregada al Juez, sino que, según la materia, está confiada *al Juez y a la Administración*. Hay, por tanto, que abandonar la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo, los conceptos de valor, de experiencia, de planificación, de prognosis, de valoración), para pasar a una tipología de las decisiones controlables limitadamente (74).

Para ello va a desarrollar a continuación un esquema de las decisiones administrativas limitadamente controlables:

— Decisiones no justificables (*Unvertretbare Entscheidungen*). A ellas pertenecen los juicios pedagógicos científicos, los juicios que los

(70) Son W. SCHDMIT y H. J. WEIGEL; sus obras y posturas, en la pág. 310 de OSSENBUHL.

(71) El título de la obra de OSSENBUHL es muy significativo: *De los conceptos jurídicos indeterminados a las decisiones administrativas vinculantes en última instancia*.

(72) Cfr. OSSENBUHL, *op. cit.*, pág. 311.

(73) En el mismo sentido, vid. EHMKE, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, 1960, págs. 46 y ss.

(74) Cfr. OSSENBUHL, *op. cit.*, pág. 311.

superiores llevan a cabo sobre los inferiores en la función pública, todos los juicios de valor en general. En estas decisiones el control judicial debe ser necesariamente frenado por la imposibilidad material de repetir ante el Juez la completa situación. El déficit del control judicial debe ser compensado, no obstante, con un estricto examen de las disposiciones procedimentales.

— Valoraciones vinculantes (*Verbindliche Wertungen*). A este tipo pueden pertenecer las valoraciones de filmes por un organismo especial (75) o la catalogación de un edificio como monumental. Todas estas valoraciones pueden ser «repetidas» ante el Juez. La limitación de control judicial no radica aquí en la falta de control, sino en la falta de competencia. En estos casos hay que atender y respetar la especialización de quienes dentro de la Administración componen los órganos que deciden (76).

— Decisiones de pronóstico (*Prognoseentscheidungen*). Aquí la limitación de control judicial radica en la atribución última de la responsabilidad a la Administración. Ella tiene que decidir, en caso de duda, por última vez. Las razones para el margen de apreciación de la Administración se basan en que la responsabilidad por las consecuencias de una decisión no puede ser asumida por ningún Juez o técnico de la Administración (77).

— Decisiones configuradoras (*Gestaltenentscheidungen*). En este grupo agrupa OSSENBUHL a las decisiones de planeamiento con efecto configurador en el futuro. La libertad de configuración administrativa, designada comúnmente como *Planungsermessen* (discrecionalidad en la planificación), implica una limitación del control para el Juez, porque la Ley encarga la tarea de configuración a la Administración, y no al Juez. Precisamente en las decisiones de planeamiento de la Administración se demuestra que sería correcto usar, en lugar de conceptos jurídicos indeterminados, la técnica de la decisión administrativa como un todo. Está muy claro, por fin, que no estamos ante un proceso de subsumción, sino ante directivas de discrecionalidad solamente (78).

Querría concluir esta parte, y con ella también lo dedicado a la dogmática alemana, con la exposición de las ideas de W. BROHM, que trascienden de la mera relación entre Administración y Jurisdicción. El se va a referir, después de un pormenorizado análisis de la situación, al

(75) Los ejemplos que pone OSSENBUHL hacen referencia a legislación de fomento de la industria cinematográfica, y las calificaciones tienen, por tanto, consecuencias económicas. Cfr. *op. cit.*, pág. 312.

(76) Con referencia a una decisión del Tribunal Administrativo Federal, BVerwGE 39, 197 (204), se refiere OSSENBUHL a los «elementos de representatividad social» que suelen componer estos organismos. Cfr. *op. cit.*, pág. 312.

(77) Dentro de estas decisiones de pronóstico deben entenderse las competencias de autorización de instalaciones nucleares de la Administración, o los juicios sobre la fidelidad a la Constitución de los funcionarios. Me remito a la bibliografía de las notas 62 y 66. Por lo demás, cfr. OSSENBUHL, *op. cit.*, pág. 313.

(78) Cfr. OSSENBUHL, *op. cit.*, pág. 313.

«marco de condiciones cambiantes del Estado de Derecho» (79), con lo que inmediatamente puede comprenderse el aspecto de generalidad que va a tener su teoría. En efecto, preocupado por respetar y potenciar las condiciones de actuación de la Administración, va a referirse tanto a la necesidad de limitar la capacidad de dirección del Legislador (80), como a los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa (81). Su teoría parte de una consideración de la actual sociedad altamente tecnificada que no puede dirigirse desde un único punto. Se exige tanto la descentralización del poder —federalismo, regionalismo— como la colaboración horizontal de todos los poderes. Coincide con HESSE (82) al decir que cada poder tiene la obligación de llegar en su acción hasta allí donde otro no puede o no está en disposición de hacerlo (83).

Desde ese punto de vista, la Administración tiene una posición privilegiada en cuanto que disfruta —por su conexión con la mayoría gubernamental, en unos casos; por la elección directa, en el caso de la Administración autónoma— de una legitimación para su actuación que no tienen los Jueces (84). Los Tribunales, entonces, en su labor de «desarrollo del Derecho» (85), deben detenerse allí donde la Administración haya adoptado una decisión concretizadora de una Ley. Sólo cuando claramente se haya faltado al ordenamiento jurídico podría la jurisdicción actuar. En unos tiempos de decisiones tecnificadas en grado sumo, que ni en su más mínima parte están previstas por la Ley o pueden considerarse desarrollo de la misma, esta llamada a la autolimitación de los Jueces y su misma desvalorización, desde el punto de vista de la legitimación democrática, tiene una máxima importancia (86).

Con la exposición de la teoría de OSSENBUEHL, sobre la relación de la Administración-Jurisdicción, y el resumen de la de BROHM, que trasciende claramente ese objeto, concluyo la parte del trabajo destinada a la

---

(79) Cfr. W. BROHM, *Die Verwaltung...*, op. cit., pág. 328. Su expresión es *Die veränderten Rahmenbedingungen des Rechtsstaats*.

(80) Cfr. BROHM, op. cit., pág. 328.

(81) Cfr. BROHM, op. cit., pág. 330.

(82) Cfr. K. HESSE, «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Festschrift für H. Huber*, 1981, pág. 265.

(83) Cfr. BROHM, op. cit., pág. 329.

(84) Dirá BROHM que esta posición de la Administración, unida a la representación democrática, le da «legitimación para adoptar decisiones políticas en el marco de las decisiones básicas de las leyes y [poder de] concretizar regulaciones legales». Cfr. BROHM, op. cit., pág. 329. En sentido semejante, M. BULLINGER, *Das Ermessen der öffentlichen Verwaltung. Entwicklung, Funktion, Gerichtskontrolle*, «Juristenzeitung» (JZ), 1984, pág. 1005.

(85) En la teoría de BROHM se dedica un amplio apartado a hablar de las funciones de los jueces, y una de ellas es la de «desarrollar Derecho», que, para el autor que seguiremos, es posible sólo en casos de integración de Leyes aparentemente opuestas, relleno de lagunas legales, concretización de fines legales discutidos, etc. Cfr. op. cit., pág. 327.

(86) En la doctrina discute la menor legitimación democrática de los jueces —cuestión en la que no voy a entrar—. A. A. ERICHSEN, *Die sogenannte unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmassgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung*, «DVBl», 1985, págs. 22 y ss.

narración de las novedades de la dogmática y de la jurisprudencia alemana reciente. El objetivo que quería llenar con esta parte creo que está más que cumplido: demostrar la realidad de un debate, que es lo mismo que mostrar la insatisfacción que produce un estado de cosas dado, por más que éste pueda variar sólo en los matices y no en las líneas básicas.

Antonio EMBID IRUJO  
Catedrático de Derecho Administrativo



## BIBLIOGRAFIA

