

II. EXTRANJERA

CONGRESO ANUAL DE LA ASOCIACIÓN DE LOS PROFESORES ALEMANES DE DERECHO POLÍTICO (PÚBLICO)

Por

RICARDO GARCÍA MACHO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Jaime I

Las Jornadas de este año de la Asociación de los Profesores Alemanes de Derecho Público (son también miembros de la Asociación profesores austriacos y suizos), celebradas en St. Gallen (Suiza) en los primeros días de octubre, con una participación de entre 250 a 300 catedráticos, se han ocupado de cuatro temas de gran interés y actualidad científica. En el primer día se trataron dos temas de Derecho Constitucional referentes a los límites funcionales y de eficacia del Derecho Constitucional, y en el siguiente día, sobre Derecho Administrativo, se planteó el tema del cambio en el ejercicio de la responsabilidad de los intereses públicos.

A) 1. Bajo el rótulo del Derecho Constitucional se plantearon dos ponencias por la mañana de los Profesores M. HERDEGEN (Bonn) y M. MORLOK (Düsseldorf) sobre los riesgos que para el sistema constitucional suponen la desformalización y toma de decisiones políticas fuera del Parlamento, cuestión que en la actualidad preocupa no sólo en Alemania, sino también en otros países. Los dos ponentes pusieron de manifiesto la erosión que sufre el Parlamento en su capacidad directiva, a la que no son ajenos los poderes ejecutivo y judicial, aunque también intervienen otros actores en esta labor de socavamiento como, por ejemplo, los diferentes grupos de presión. Parece, en cualquier caso, que los presupuestos mantenidos en la Ley Fundamental, contribución en la opinión pública, generalidad e igualdad como medios de participación política, no están garantizados en los tiempos actuales (MORLOK). También ha contribuido al socavamiento del Parlamento la creciente cooperación internacional en la esfera de mecanismos informales y contractuales (HERDEGEN), así como un proceso de especialización que se exige en forma de asesoramientos externos, e internamente pérdida de importancia del Pleno y del propio Parlamento a través de la actuación informal (MORLOK).

Situar el discurso legislativo fuera del Parlamento socava su autoridad, con la pérdida de su carácter representativo. Asimismo, los pactos sobre el contenido de las leyes entre el Gobierno y los defensores de intereses priva-

dos desnaturalizan al legislador parlamentario. La informalidad en la toma de decisiones es criticada fuertemente por los dos ponentes, pues entienden que mina la soberanía del pueblo y el principio democrático, como asimismo cuando a través de esa actuación informal se afecten intereses de personas que no han participado en esas conversaciones, el Gobierno infringe su obligación de cuidado y protección de los derechos fundamentales de esos terceros. La restricción del principio democrático a través de la actuación informal choca con el artículo 20.2 Ley Fundamental y desnaturaliza la labor del Parlamento, el cual, por otra parte, es ya afectado en su actuación por las exigencias de la globalización, frente a la cual el principio democrático se encuentra bastante desarmado. Por otra parte, en caso de conversaciones informales con efectos normativos se está desmontando la reserva del Parlamento, por lo que en caso de que esa actuación informal afecte esencialmente a la decisión política, y tenga efectos legislativos, el ejecutivo necesitará una autorización del Parlamento (MORLOK). De cualquier forma, debe decirse que la actuación informal fue en el coloquio criticada con dureza, llegándose a decir que tal manera de actuar es sinónimo de corrupción.

Las propuestas de las Comisiones parlamentarias deben estar en una relación de hecho con las decisiones del *Bundestag*, y vinculadas con las posiciones cuyo contenido es influido en el procedimiento parlamentario con una clara tendencia de regulación (HERDEGEN). Sobre estas Comisiones, y como medio de mantenimiento de la transparencia, se manifestó J. ISENSEE en el sentido de que deberían de ser públicas.

Es claro que no cualquier actividad política puede pasar por el Parlamento (W. LEISNER), pero su participación es imprescindible como medio de legitimación. En este sentido hay que volver a hacer política, interpretada como medio de participación de todos los ámbitos de la sociedad, de tal manera que en la atonía actual del discurso político las soluciones hay que buscarlas no en las reformas jurídico-estatales, sino en las fuentes, o sea, en la cultura política (HERDEGEN). Hay obstáculos, sin embargo, a la consecución de este objetivo tan necesario. Por una parte, las aporías del mandato de representación y, por otra, los propios partidos políticos, que debido a su funcionamiento impiden la formación de la voluntad política de manera democrática.

2. En el mismo ámbito del Derecho Constitucional se plantearon por la tarde otras dos ponencias de los Profesores S. KORIOTH (München) y A. VON BOGDANDY (Frankfurt am Main) sobre el tema la identidad nacional y europea y su integración por medio del Derecho Constitucional. Se trata, una vez más, de un tema de interés y actual, pues se plantea de manera creciente la necesidad de una identidad en la esfera de la Unión Europea. El concepto de identidad ha ganado importancia en los últimos tiempos como consecuencia, en primer lugar, del desarrollo social de las sociedades industriales, así como en la esfera política y jurídica debido al debate sobre la europeización, internacionalización y globalización, o bien sobre el futuro de la Unión Europea y la posibilidad de una Constitución europea.

Desde estos presupuestos, S. KORIOTH ve como amenaza a la identidad de los Estados democráticos y de Derecho, y que pueden convertirse en factores de desintegración, los efectos de la globalización, la europeización, la interna desintegración debido al individualismo y las crecientes diversidades culturales.

En el discurso europeo, la identidad se ha convertido en un principio central desde una perspectiva jurídico-constitucional tanto para la estructuración interna como en la política hacia el exterior. El concepto se utiliza, según A. VON BOGDANDY, en lugar del de soberanía, y cuando se plantea el conflicto entre integración europea y Estado nacional debe acudir no al valor de la soberanía nacional, sino a la identidad nacional. En este sentido, la Ley Fundamental es una importante anotación en el diccionario de la identidad alemana, y la pertenencia a la Unión Europea conforma por medio del artículo 23 GG una anotación jurídico-constitucional, que tiene como consecuencia que la identidad alemana es en realidad europea. Sin embargo, a la identidad europea le falta por el momento una Constitución europea. A esta cuestión se aludirá más adelante.

Como concepto fronterizo entre el derecho y el medio ambiente del derecho, dice S. KORIOTH, es apropiado utilizar el de integración, siempre que la tarea de integración tenga un contenido normativo. Ese concepto puede tener, no obstante, diversos significados, por lo que hay que buscarlo en dos esferas del Derecho Constitucional: por una parte, en el sistema democrático de formación de la voluntad estatal (integración política) y, por otra parte, en los derechos fundamentales como ámbito de identidad individual y colectiva (integración social). De cualquier forma, la integración tiene una función secundaria en el Derecho Constitucional, y su función es apoyar las tareas primarias de ordenación y regulación de la Constitución. P. KIRCHHOF, que ha desarrollado el concepto de identidad de la Ley Fundamental como concepto constitucional, criticó que no se estableciese de manera más precisa la diferencia entre identidad e integración, diciendo que ambos conceptos, tan diferentes, no se delimitaban con suficiente claridad en la ponencia. También en este sentido se manifestó R. PITSCHAS.

Una cuestión de gran trascendencia que plantea A. VON BOGDANDY es la referente a si es tarea de la Constitución la formación de una identidad, y si esto es posible incluirlo en aquella como un presupuesto dogmático. La Ley Fundamental no incluye ninguna obligación del ciudadano para que se identifique con la Constitución, y solamente en el artículo 7 GG se establece la tarea de darle al ciudadano unos valores de identidad. Sí se presenta, no obstante, la Ley Fundamental como un símbolo de la comunidad, y sus principios como normas de convencimiento de la vida en común. Por otra parte, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea exige la protección de las formas de vida de identidad de los ciudadanos frente a las presiones que vengan de fuera. En este sentido, el concepto de identidad implica, de un lado, el hacer posible la construcción y consolidación de las instituciones y la participación política en la esfera de la Unión Europea y, del otro, ser ciudadano de ésta implica un estatus de igualdad bajo los ordenamientos nacionales, que facilite el proceso de reconocimiento

recíproco y, con ello, la formación de grupos. Sin embargo, el artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea establece el respeto de la identidad nacional de los Estados miembros. Con ello, se establece una práctica concordanza entre la civilización europea y las culturas nacionales.

Parece claro, después de lo dicho, lo necesario que se hace una Constitución europea como medio de consolidar su identidad. La capacidad de esa Constitución de formar esos rasgos de identidad depende de su contenido y ampliación. Debe destacarse que el Tribunal Europeo de Luxemburgo ha dado carácter constitucional al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado de la Unión Europea. Sin embargo, esta Constitución comunitaria no está capacitada para la conformación de una identidad europea colectiva, pues no puede cumplir algunas funciones existenciales propias de una Constitución. En efecto, son demasiados artículos, más de 600, que además contienen numerosas normas administrativas y técnicas que, aunque son claras y precisas, no pueden consagrarse como dignas de una Constitución. Por tanto, formalmente no puede decirse que esos preceptos puedan representarse como una auténtica Constitución, y no están capacitados para ser un factor de integración e identificación.

B) 1. En el ámbito del Derecho Administrativo se expusieron dos ponencias por la mañana sobre la participación de personas privadas en el cumplimiento de tareas públicas y las competencias del Estado. El tema que se planteaba, la privatización de tareas públicas, se ha formulado en diversas ocasiones y precisamente a propósito de Jornadas de la Asociación. Así, en el año 1970 en Speyer se discutió sobre el cumplimiento de tareas administrativas por personas privadas, de la misma manera que se hizo en Halle en 1994, y dos años más tarde en Dresden de nuevo sobre Administración y Derecho Administrativo entre autorregulación de la sociedad y dirección estatal. Que la Asociación Alemana de los Profesores de Derecho Público se ocupe de estos temas no debe sorprender pues, en definitiva, se trata de la búsqueda de la posición del Estado en un mundo de permanentes cambios.

En St. Gallen presentaron ponencias los Profesores M. HEINTZEN (Berlín) y A. VORKUHLE (Freiburg). El primero destaca que el tema objeto de estudio está acogido por la Constitución y por el Derecho Administrativo, Parte General. En efecto, la Ley Fundamental en diversos preceptos se refiere a la privatización de los ferrocarriles —art. 87.e)—, bien del servicio de correos —art. 87.f)—, o bien se admite la existencia de escuelas privadas. En el Derecho Administrativo son ya reconocidas las personas privadas que realizan funciones públicas (*Beleihung*), o personas privadas que ayudan a la Administración, o la formación de empresas mixtas con capital público y privado. Por otra parte, como dice A. VORKUHLE, la participación de personas privadas en la realización de tareas públicas es un tema ya antiguo, como lo muestra, por ejemplo, el instituto de la concesión administrativa.

M. HEINTZEN, en su pretensión de acotar el tema de estudio, destaca

que el concepto de tareas públicas va vinculado a las tareas del Estado, y éstas son lo que en las normas y en la Constitución así se establece. Existen otro tipo de tareas no públicas pero en las que el Estado o un Ente local tienen responsabilidad, y en éstas pueden participar personas privadas con el objetivo de descargar al Estado o al Ente local. Es importante, sigue diciendo aquél, que la organización estatal esté claramente estructurada por motivos de atribución democrática y responsabilidad, de tal manera que la participación de personas privadas en la realización de objetivos públicos se enmarque en un concepto global de desempeño de tareas públicas, de las que el Estado se hace responsable. En esta misma línea de acotamiento, A. VORKUHLE da una perspectiva teórica al tema, y considera que hoy en día el Estado no está capacitado para cumplir todas las tareas, de tal manera que sólo en una red global de múltiples sujetos podrá cumplir el papel especial que justifica hablar de una atribución de competencias estatales. Sobre la delimitación de la fórmula general de la participación de personas privadas en tareas públicas, entiende aquél que éstas pueden ser personas naturales o jurídicas, que se comprometen a llevar a cabo objetivos en cuyo desempeño el Estado, debido a su posición de defensa de los intereses generales, tiene que hacerse responsable dentro de unos límites.

VORKUHLE entiende que la Constitución no está organizada para acoger un enfoque de una mezcolanza de Estado y sociedad, pues ello tendría como consecuencia una clara pérdida de su poder directivo, teniendo en cuenta, además, que los nuevos desarrollos dogmáticos solamente pueden ser acogidos en aquélla de manera limitada. Sobre la diferencia entre Estado y sociedad, HEINTZEN mantiene que el Estado no es un subsistema social, pero sufre una crisis de profesionalidad en su funcionariado. Asimismo, considera aquél que la diferencia entre Estado y sociedad da pleno sentido a la diferencia entre Derecho público y privado, destacando que el interés general no es sólo una competencia del Estado, sino que tiene que ser un objetivo conjunto, que debe ser perseguido por el Estado y la sociedad. El ámbito reservado al Estado se limita al monopolio en el ejercicio del poder tanto en el interior como en las relaciones internacionales, la competencia para la toma de decisiones generales sobre una base normativa, así como los actos decididos de manera individualizada por el ejecutivo y de la judicatura. Pero incluso en estos ámbitos no existe un monopolio estatal.

Sobre el tema de la responsabilidad de personas privadas en tareas públicas, HEINTZEN también hace referencia. Debe destacarse en general sobre la cuestión que, vista desde una perspectiva general, la responsabilidad (el concepto no tiene nada que ver con la responsabilidad patrimonial de la Administración y/o del Estado) es un concepto con categoría constitucional al que se refirió por primera vez P. SALADIN en el año 1984, y sobre el que dijo que no se le puede atribuir un significado jurídico uniforme, pero en la Ley Fundamental está acogido en diversos preceptos y en diversos contextos. Ahora se está haciendo referencia, sin embargo, a la responsabilidad que toman personas privadas en tareas públicas, lo cual, según H. HEINTZEN, exige una concreción jurídica que debe realizar el Estado. Si

se habla de una distribución de la responsabilidad entre el Estado y personas privadas, la diferencia entre ambas no debe pasarse por alto. De cualquier forma, sobre la distribución de la responsabilidad, R. PITSCHAS en el coloquio se mostró crítico, pues dijo no entender el significado y, de hecho, según él, en el Derecho social y en el Derecho económico significan dos cosas diferentes. HEINTZEN, finalmente, sobre la distribución de responsabilidad defendió que así conceptualizado tiene un peligro de falta de claridad en la coordinación, por lo que se percibiría más claramente si se sustituyese el término «responsabilidad» por el de «competencia». En este sentido, en el coloquio, M. SCHMIDT-PREuß dijo que el Estado debe tener sus competencias nítidamente establecidas.

Se defendió por parte de A. VORßKUHLE la necesidad, de una vez por todas, de un desarrollo dogmático y conceptual del Derecho Administrativo garantizador, dado que, en los tiempos actuales, ni el Derecho Administrativo interventor ni el prestacional pueden cumplir las tareas asignadas a la Administración. Este concepto, al que ya se refirieron en su momento W. HOFFMANN-RIEM y G. F. SCHUPPERT, tiene el objetivo de utilizar el potencial endógeno que la sociedad tiene en la realización de tareas públicas, y esto sólo puede realizarse si la capacidad de funcionamiento que el Estado y la sociedad tienen, y la propia racionalidad de los dos sistemas, actúan conjuntamente. El Derecho Administrativo garantizador no se orienta sólo, como los otros dos modelos de Derecho Administrativo, al acto individual de una concreta relación jurídica, sino que busca un concepto completo de ejecución y la construcción de una estructura garantizadora con efectos permanentes, que enlace, por medio de unos requisitos procedimentales, los elementos organizatorios y los presupuestos internos de las tareas estatales y privadas. Finalmente, debe destacarse que en el ámbito de este Derecho Administrativo garantizador el Derecho público y el privado actúan conjuntamente de maneras diversas, y las prestaciones directivas específicas de los dos ordenamientos deben situarse en una relación complementaria.

2. Por la tarde se expusieron otras dos ponencias sobre la Administración local e institucional (*Selbstverwaltung*) ante la europeización y la eficacia económica, por los Profesores J. OEBBECKE (Münster) y M. BURGI (Bochum). Debe destacarse que cuando se habla de Administración con autonomía en el Derecho alemán, a diferencia de otros ordenamientos, incluye no sólo la Administración local, sino también partes de la Administración institucional y corporativa. Las nuevas tendencias de la europeización y efectividad económica han modificado las condiciones básicas de la actividad de los titulares de esas Administraciones, pero no han afectado a su autonomía ni a la participación de las personas interesadas. Por otra parte, la autonomía de esas Administraciones forma parte del concepto de la democracia pluralística y está anclado constitucionalmente. Más allá, el derecho a la autonomía administrativa se encuentra regulado no sólo en las leyes, sino incluso en algunas Constituciones de los *Landers*; así, en el artículo 69 de la Constitución de Baden-Württemberg se incluye el derecho

a la autonomía del Estado federado y de los organismos locales e institucionales con el mismo rango formal. Por otra parte, hay que destacar una crisis financiera de estas instituciones (algo privativo no sólo de Alemania), que limita de manera evidente su capacidad de actuación. Desde esta perspectiva, que se plantease la actuación eficaz económica de estas Administraciones era un tema oportuno, pues implica, en definitiva, como dijo J. OEBBECKE, introducir conceptos de eficiencia económica en este tipo de Administración.

Según M. BURGI, las Administraciones locales e institucionales se encuentran, debido a las nuevas exigencias de europeización y eficacia económica, en una crisis de identidad muy profunda. Sobre la cuestión dice OEBBECKE que la europeización ha obligado a la eficacia económica especialmente por el derecho a las subvenciones que otorga la Unión Europea. También la tesis economicista obliga a los titulares de estas Administraciones a una concurrencia cooperativa con el fin de encontrar mejores soluciones y prestaciones. Esto también exige un intercambio de información y su institucionalización, generalmente por medio de asociaciones.

El concepto de Administraciones locales, institucionales y corporativas es propio, según BURGI, del Derecho Administrativo, Parte General, no del Derecho Constitucional. Sí está claro, por otra parte, que el Derecho Constitucional cumple una función importante, desde el momento que el tema de la garantía de la autonomía local tiene un anclaje en la Ley Fundamental (art. 28.2). OEBBECKE parte de que el Estado desempeña una tarea de coordinación y dirección sobre estas Administraciones. Sin embargo, destaca a continuación que las normas estatales deben dejar una esfera de juego a aquéllas, pues en otro caso su actuación sería ineficaz. Es por ello que los acuerdos en torno a los objetivos entre Estado y Administraciones locales e institucionales sustituyen a la dirección tributaria de aquél sobre la asignación de los medios presupuestarios. Continúa diciendo J. OEBBECKE que la vigilancia estatal es el medio clásico de controlar la observancia de las leyes, pero no el único, de tal manera que allí donde se apliquen métodos de eficiencia económica el control del Estado se aligerará.

Los dos ponentes destacan, sobre la base de la necesidad de la racionalidad económica, la inclusión de la competencia y un mercado abierto en la actuación de las Administraciones locales e institucionales. En esta línea debe destacarse, por una parte, una liberalización, de tal manera que se cuestionan las formas actuales de cumplimiento de tareas colectivas. Bajo liberalización debe entenderse que algunas de las prestaciones que ofrecen los Entes locales, institucionales y corporativos puedan realizarlas también personas privadas. Por ejemplo, sobre todo en la esfera local, ciertos servicios e instalaciones que hasta ahora habían sido gestionados por esos Entes, o bien por empresas sólo formalmente privadas, en el futuro lo serán por empresas materialmente privadas, o sea, a través de decisiones autónomas de los entes directivos de esas Administraciones. Por otra parte, cuando se habla de aumento de la eficacia en el funcionamiento, se está haciendo referencia a la necesidad de reformas estructurales que faciliten

el cumplimiento de las tareas públicas. En este sentido, un nuevo modelo directivo es el que ofrece el *New Public Management* y, desde luego, una libertad en la elección de las formas de gestión desde la perspectiva de la eficiencia.

En las nuevas perspectivas de estrategia europea de la competencia, cada vez más se abrirán amplias esferas de la Administración jurídico-pública a un acción empresarial. Los titulares de las Administraciones locales e institucionales, como parte de la esfera económica europea, deberán someterse al control de las instituciones comunitarias y del Tribunal Europeo de Luxemburgo. Junto a la combinación de las medidas económicas y de un control estricto, tienen que encontrarse en la esfera europea nuevas determinaciones y competencias para estas Administraciones en los sectores afectados (M. BURGÍ).

Solamente quisiera poner de relevancia, a la vista de lo hasta aquí referido de manera necesariamente muy breve, la importancia de los temas tratados en St. Gallen por la Asociación de los Profesores Alemanes de Derecho Público, de tal manera que, siguiendo una ya vieja tradición de la Asociación, estos temas tendrán una gran relevancia y se profundizará en ellos en el futuro, si bien sobre alguno de los tratados, como la participación de personas privadas en tareas públicas, la doctrina alemana se ha ocupado ya con profusión. Sin embargo, se han planteado nuevos conceptos que tendrán que ser desarrollados en el futuro, siempre a la vista de los cambios prácticos producidos. Finalmente, debe destacarse que tanto las ponencias como las intervenciones en los coloquios correspondientes serán dadas a la publicidad en el tomo 62 de las Publicaciones de los Profesores Alemanes de Derecho Público (VVDStRL).

Speyer, octubre de 2002.